



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ARTUR CÉSAR DE SOUZA

A “PARCIALIDADE *POSITIVA*” DO JUIZ E O JUSTO PROCESSO PENAL

Nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”

Curitiba

2005

ARTUR CÉSAR DE SOUZA

**A “PARCIALIDADE *POSITIVA*” DO JUIZ E O JUSTO
PROCESSO PENAL**

*Nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do
paradigma da “racionalidade do outro”*

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná – PPGD-UFPR, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor, sob orientação do Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos

**Curitiba
2005**

ARTUR CÉSAR DE SOUZA

A “PARCIALIDADE *POSITIVA*” DO JUIZ E O JUSTO PROCESSO PENAL

Nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal do Paraná – PPGD-UFPR, como
requisito parcial à obtenção do título de Doutor

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.

Prof.

Prof.

Prof.

Prof.

Curitiba, 24 de 12 de 2005.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela perseverança, persistência e pela oportunidade que me foi concedida de concluir mais uma etapa de minha vida.

Agradeço à minha amada esposa, Geovania, e aos meus queridos filhos Isis e João Henrique, pelo apoio e compreensão pela minha ausência em alguns momentos importantes de suas vidas.

Agradeço a meus pais, Artur de Souza e Maria Aparecida de Souza, pela educação e pela formação como homem e cidadão.

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

Gostaria de externar minha gratidão ao Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos pela confiança em mim depositada, bem como, pela forma ímpar e serena que realizou seu trabalho de orientação, conduzindo-me com segurança e responsabilidade na elaboração desta tese.

Agradeço ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região pelo incentivo dado na realização deste Doutorado em Direito, como forma de aprimoramento da magistratura.

Agradeço aos Servidores da Biblioteca da Justiça Federal do Paraná, na pessoa da servidora Mônica, pela dedicação, ajuda e colaboração no refinamento da pesquisa bibliográfica.

Agradeço finalmente à Universidade Norte do Paraná – UNOPAR, pela oportunidade e auxílio na capacitação docente que me foi ofertada na qualidade de Professor desta Universidade, tanto para conclusão do mestrado realizado na Universidade Estadual de Londrina, quanto no doutorado pela Universidade Federal do Paraná.

“El proceso esencialmente estudiado del hombre; no hay que olvidar nunca que todas nuestras simetrías sistemáticas, todas nuestras elegantiae iuris se convierten en esquemas ilusorios, si no nos damos cuenta de que por debajo de las de verdad y de vivo no hay más que los hombres, con sus luces y con sus sombras, con sus virtudes y sus aberraciones; no la sentencia, sino aquel juez con su ciencia y con su conciencia, con sus atenciones y distracciones; esto es, criaturas vivas, formadas, no de pura lógica, sino también de sentimientos y de pasión y de misteriosos instintos”.

(CALAMANDREI).

SOUZA, Artur César de. **A “Parcialidade Positiva” do Juiz e o Justo Processo Penal** - Nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”. 2005. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR.

RESUMO

O postulado dogmático do *juiz (im)parcial*, na sua concepção clássica iluminista, é fruto de ultrapassadas e objetivamente criticáveis tendências formalistas vinculadas ao pensamento que pressupõe a existência de um juiz “eunuco” e totalmente “asséptico”. A visão meramente formalista cria uma falsa ilusão em relação ao ser humano juiz. O juiz não é neutro e muito menos imparcial, pois, de certa forma, está vinculado às suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas. É um ser histórico e fruto de seu tempo. Ao mesmo tempo, os poderes disciplinar e biopolítico disseminados periféricamente num determinado momento histórico da humanidade sugestionam a subjetivação do juiz, bem como sua performance no âmbito da relação jurídica processual penal. Não sendo o juiz neutro, muito menos (im)parcial, procura-se romper com essa visão meramente formalista, sugerindo-se uma nova leitura para o princípio da *(im)parcialidade* do juiz. Na perspectiva humanística do processo penal, desenvolve-se a figura do *juiz positivamente parcial*. O princípio do *juiz positivamente parcial*, que garante o reconhecimento das diferenças sociais, econômicas, culturais das pessoas envolvidas na relação jurídica processual penal, tem por fundamento a concepção filosófica da *racionalidade do outro*, desenvolvida por Enrique Dussel e Emmanuel Lévinas. A *parcialidade positiva do juiz*, portanto, é fruto de uma racionalidade crítica que visa romper com a totalidade do sistema vigente, com a clausura e delimitação da vida a partir da mera conservação do sistema. O juiz deve reconhecer a exterioridade das vítimas que se apresenta transcendentemente no processo, para o efeito de introduzir no âmbito da relação jurídica processual penal uma ética material voltada para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana. Por meio da metáfora do “sono” e do “tempo diacrônico”, é possível ao juiz libertar-se da dogmática de seu “solipsismo”, de sua “subjetividade egoística”, para alcançar o “outro” que se encontra num âmbito transcendental, e, assim, confirmar a sua responsabilidade pré-ontológica no campo da relação jurídica processual.

O juiz não deve tematizar o *Outro* (vítima inferiorizada na relação jurídica processual), mas desenvolver um desejo metafísico de proferir uma decisão *équico e justa*, segundo sua responsabilidade ética pré-originária à totalidade do sistema jurídico dominante. Tendo em vista essa responsabilidade ética pré-originária não tematizadora do “Outro”, o método *analético* antecede a própria *dialética* existente no âmbito da relação jurídica processual penal, permitindo, desta forma, a abertura efetiva ao “Outro” e, concomitantemente, a derrubada do sistema e da totalidade cerrada, para o fim de liberar o *Outro* negado em sua dignidade.

PALAVRAS CHAVES: Imparcialidade do Juiz. Isenção. Neutralidade. Modernidade. Pós-modernidade. Parte Imparcial. Ativismo Judicial. Juiz “Asséptico”. Manipulação Ideológica. Poder. Verdade. Politização. Comunicação em Massa. Publicidade Mediata. Epistemologia. Acoplamento Estrutural. Psicanálise. Barreiras Externas. Acesso à Justiça. Parcialidade Positiva. Parcialidade Negativa. Justo Processo. Racionalidade do “Outro”. Analética.

SOUZA, Artur César de. **The Judge's "Positive Partiality" and the Due Penal Proceeding** – Revisiting the principle of the judge's (im) partiality towards the "rationality of the other" paradigm . 2005. Thesis (PhD in Law). Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR.

ABSTRACT

The dogmatic postulate of the “*(im) partial judge*”, in its classical illuminist concept, is the result of obsolete and objectively criticized formalist trends based on the thought that presupposes the existence of an “eunuch” and totally “aseptic” judge. This mere formalist vision creates an illusion about the judge as a human being. Judges are neither neutral nor impartial, since they adhere to their own social, economical, cultural, psychological and ideological concepts. They are historical beings and representatives of their time. At the same time, the disciplinary and biopolitical powers disseminated peripherally at a certain historical moment influence the subjectivity of the judge as well as his performance in the area of judicious penal proceedings relationships. Being the judge neither neutral and nor (im)partial, there is an attempt to break this mere formalistic view, to suggest a new reading for the judge's (im) partiality principle. From the humanistic perspective of the penal proceeding, the figure of the *positively partial judge* is constructed. The *positively partial judge* principle, which guarantees the recognition of the social, economical, cultural differences of the people involved in the judicious penal proceedings relationship, is based on the “rationality of the other” philosophical concept developed by Enrique Dussel and Emmanuel Lévinas. Thus the judge's *positive partiality* is the result of a critical rationality which aims at breaking away from the totality of the current system and from life's enclosures and delimitation due to the mere conservatism of the system. The judge must recognize the external life of the victim who presents itself transcendently in the process, to introduce into the judicial penal proceeding relationship material ethics directed to human life production, reproduction and development. Using the “sleep” and the “diachronic time” metaphors, the judge can free himself from his “solipsism” dogma and “selfish subjectivity” to reach the transcendental “other”, thus confirming his pre-ontological responsibility in the judicious proceeding relationship area. The judge should not thematize the “Other” (always a degraded victim in a judicial proceeding relationship), but develop a metaphysical desire to reach an *équo e justa* decision, according to his ethical responsibility pre-originated from the totality of the current judicious system. Taking into consideration the non- thematizing pre-originated ethical responsibility of the “other”, the *analectical* method precedes the *dialectical* present in the judicial penal proceeding relationship area, thus giving an opportunity for the “Other” to be considered and, simultaneously, bringing down a system and an unyielding totality, to liberate the *Other* to whom dignity has always been denied.

Key Words: Judge's Impartiality. Exemption. Neutrality. Modernity. Post-modernity. Partly Impartial. Judicial Activism. “Aseptic” Judge. Ideological Manipulation. Power. Truth. Politization. Mass Communication. Mediated Publicity. Epistemology. Structural Coupling. Psychoanalysis. External Barriers. Access to Justice. Positive Partiality. Negative Partiality. Due Process. Rationality of the “Other”. Analectics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
 CAPÍTULO I – A LEITURA DA (IM)PARCIALIDADE DO JUIZ NA PERSPECTIVA DOS CONCEITOS E PRECEITOS DA DOGMÁTICA JURÍDICA DO DIREITO PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL.....	 22
1.1 Considerações Preliminares.....	22
1.2 O Significado da Imparcialidade – Complexa Definição	24
1.3 Corolários da Imparcialidade	27
1.3.1 Imparcialidade como objetividade.....	27
1.3.2 A imparcialidade como isenção	28
1.3.3 A imparcialidade como neutralidade.....	28
1.3.4 A imparcialidade como transparência	32
1.4 Conteúdo Objetivo e Subjetivo da Imparcialidade	32
1.5 O Campo de aplicação da Imparcialidade.....	36
1.6 O Constitucionalismo Liberal como Marco Histórico Contemporâneo da Imparcialidade e Independência do juiz.	40
1.7 A Imparcialidade como Critério Diretivo Objetivo de Designação dos Juízes....	45
1.8 Mudança de Paradigma – A Imparcialidade entre a Modernidade e a Pós- Modernidade.	49
1.9 Os Requisitos Formais Idealistas da Imparcialidade	53
1.9.1 A “neutralidade” como característica idealizada por um pensamento jurídico formalista.	54
1.9.2 A imparcialidade e a tese da “parte imparcial”.....	60
1.10 A Natureza Jurídica da Imparcialidade – Princípio, Regra ou Direito Fundamental.....	65
1.10.1 A imparcialidade como regra jurídica de direito processual.....	69
1.10.2 A imparcialidade como princípio e direito fundamental constitucional.....	71
1.11 O Princípio da Imparcialidade como Princípio de Caráter Absoluto	77
1.12 Diferenciação entre o Princípio da Imparcialidade e os demais Princípios Constitucionais Correspondente.....	83
1.12.1 O princípio da imparcialidade e o princípio da legalidade.....	84

1.12.2. Princípio da imparcialidade e princípio da igualdade.....	87
1.12.3 Princípio da imparcialidade e o princípio da proporcionalidade.....	91
1.12.4 Princípio da imparcialidade e o princípio da independência	94
1.12.4.1 Independência externa e independência interna	94
1.12.4.2 O princípio da independência e a questão da nomeação política	99
1.12.4.3 Princípio da imparcialidade e o princípio da independência – diferenças específicas	101
1.12.5 Princípio da imparcialidade e princípio do juiz natural	103
1.13 O Ministério Público e o Princípio da Imparcialidade.....	108
1.14 Quem seriam os Titulares do Direito Fundamental ao Juiz Imparcial?.....	111
1.14.1 O advogado pode arguir a imparcialidade judicial?	111
1.14.2 O ministério público como titular e garantidor do direito a um juiz imparcial.	115
1.15 O Juiz Instrutor do Processo Penal e o Princípio da Imparcialidade	121
1.16 Poder Instrutório do Juiz e a Imparcialidade Judicial.....	124
1.16.1 Uma análise da questão sob a égide do sistema acusatório.....	125
1.16.2 Os princípios informadores do processo penal e civil como critério diferenciador da atividade probatória <i>ex officio</i>	130
1.16.3 O princípio acusatório e o objeto do processo.....	135
1.16.4 O ativismo judicial probatório e a paridade de armas	137
1.16.5 A produção probatória <i>ex officio</i> no direito comparado.....	140
1.16.6 A atividade probatória <i>ex officio</i> e o princípio <i>in dubio pro reo</i>	150
1.17 Prova Ilícita e a Imparcialidade Judicial.....	154
1.18 As Técnicas de Abstenção e Recusa como meios Processuais para se Salvaguardar o Direito ao Juiz Imparcial.	158
1.18.1 As hipóteses de abstenção e recusa de juízes e magistrados no direito comparado: alemão, francês, italiano, português e espanhol.....	161
1.18.1.1 As hipóteses de abstenção e recusa no ordenamento jurídico alemão...	161
1.18.1.2 As hipóteses de abstenção e recusa no ordenamento francês	163
1.18.1.3 As hipóteses de abstenção e recusa no ordenamento italiano.....	164
1.18.1.4 As hipóteses de abstenção e recusa no ordenamento português	166
1.18.2 A taxatividade ou exemplificatividade das causas que motivam a recusa ou abstenção do juiz	169

1.18.3 As técnicas de recusa ou abstenção diante da duplicidade de julgamento	172
1.18.4 O limite temporal (extemporaneidade) como formalismo legal ao exercício do direito fundamental ao juiz imparcial.....	179

CAPÍTULO II – A IMPARCIALIDADE E A NEUTRALIDADE DO JUIZ COMO UTOPIA IMPOSSÍVEL DE SE ALCANÇAR NA RELAÇÃO JURÍDICA

PROCESSUAL PENAL.....	183
2.1 Considerações Preliminares.....	183
2.2 Crítica à Figura do Juiz “Asséptico”.....	185
2.3 A Manipulação Ideológica da Ordem Jurídica como entrave à (Im)parcialidade	196
2.4 A Composição Ideológica da “Comunicação Discursiva Lingüística” como Fator Restritivo da (Im)parcialidade Judicial.....	204
2.4.1 A semiologia política e o discurso jurídico – uma reflexão em face da imparcialidade do juiz	206
2.4.2 A influência das relações de poder no discurso jurídico e na sujeição do juiz – uma visão discursiva em Michel Foucault.....	210
2.4.2.1 Enfoque principal: o sujeito e ou o poder?.....	212
2.4.2.2 A importância da análise do poder e sua influência na formação do sujeito	213
2.4.2.3 O poder e sua manifestação.....	214
2.4.2.4 Poder disciplinar	217
2.4.2.5 Biopoder	220
2.4.2.6 Poder e verdade.	223
2.4.2.7 Arqueogenealogia.....	225
2.5 Politização e partidarização da função jurisdicional	228
2.6 “Ativismo Judicial” – Atividade Antidemocrática ou Resultado do Escopo Político da Atividade Jurisdicional.....	231
2.7 A (Im)parcialidade diante da Tabela de Valores Culturais.....	236
2.8 A (Im)parcialidade e a Comunicação em Massa	238
2.8.1 Publicidade imediata e publicidade mediata.....	240
2.8.2 Publicidade mediata e a (im)parcialidade do juiz.....	240

2.8.3 Seria efetivamente o controle da liberdade de imprensa uma solução legítima para a garantia da imparcialidade do juiz?	251
2.8.4 A regulamentação da publicidade do julgamento penal no ordenamento jurídico de direito comparado.....	258
2.9 A Psicologia e a Psicanálise como Ciências Problematicadoras da (Im)parcialidade do Juiz	260
2.10 O Tribunal do Júri e a (Im)parcialidade Judicial.....	270
2.11 A Constituição Epistemológica e a (Im)parcialidade.....	277
2.11.1 Autopoiese epistemológica.....	284
2.11.2 Determinismo e acoplamento estrutural	286
2.11.3 Sob o fio da navalha	290

CAPÍTULO III – O JUSTO PROCESSO PENAL E O DIREITO AO JUIZ

POSITIVAMENTE PARCIAL	294
3.1 Considerações Preliminares.....	294
3.2 Processo Penal como Expressão da Soberania Democrática Popular	295
3.3 O Processo Penal como Instrumento de Garantia dos Direitos Constitucionais Fundamentais	302
3.4 Direito Processual Penal e a Sociedade Neoglobalizada	304
3.5 A “Parcialidade Positiva” do Juiz como Instrumento de Superação das Desigualdades Sociais, Culturais e Econômica no Processo Penal – Para além da Igualdade meramente Idealista	309
3.6 A Pobreza como Principal Barreira Externa (Tendão de Aquiles) da Igualdade Processual e do Acesso à Justiça.....	321
3.7 A visão contemporânea do processo em relação à problemática da Justiça	327
3.7.1 O processo como instrumento de solidariedade humana – a humanização do processo penal.....	327
3.7.2 Repensar a nomeação de advogado aos menos favorecidos com base nos princípios que compõem o “processo justo e equo”	330
3.7.3 O Processo Justo e Équo	338

CAPÍTULO IV – O “INFINITO” E A “RACIONALIDADE DO OUTRO” COMO FUNDAMENTO DA “PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ”	347
4.1 Considerações Preliminares.....	347
4.2 Ceticismo Crítico ao Sistema Vigente.....	349
4.3 Nova Leitura da (Im)parcialidade – Parcialidade Negativa e Parcialidade Positiva	352
4.3.1 Parcialidade negativa	356
4.3.2 Parcialidade positiva	358
4.4 O Fundamento Ético do Processo Penal.....	366
4.5 Algumas Éticas Materiais	367
4.6 Para uma Ética da Libertação – um Critério e um Princípio Ético Positivos..	370
4.7 Para uma Ética da Libertação - Negatividade Crítica como Fundamento da Parcialidade Positiva do Juiz.....	376
CONCLUSÃO.....	401
REFERÊNCIAS	408

INTRODUÇÃO

Na democracia, a confiança no correto exercício da atividade jurisdicional, “no bem fazer dos magistrados”, é pressuposto indispensável para se alcançar o adequado e necessário clima de pacificação social e convivência harmônica entre seus concidadãos.

Uma sociedade que ponha em dúvida a:

(...) ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio de las personas encargadas de administrar justicia está destinada, irremediabilmente, a sufrir continuas y graves tensiones que pueden incluso, en última instancia, poner en peligro la propia existência democrática del Estado.¹

Por isso, a garantia de que o processo será conduzido por um juiz ou magistrado *imparcial*, ou a necessidade de que o julgador se situe como terceiro que irá valorar interesses alheios, é da *essência da atividade jurisdicional* do Estado contemporâneo.²

Gian Domenico Pisapia, após tecer considerações sobre as diversas teorias que pretendem explicar a natureza da jurisdição, reconhece que há um acordo generalizado entre os doutrinadores no sentido de identificar entre suas características fundamentais a “(...) indipendenza e la imparzialità (...)”.³

Sendo a imparcialidade do juiz uma característica essencial da atividade jurisdicional, pretende-se neste trabalho realizar um estudo específico sobre este elemento indispensável da jurisdição, desenvolvendo, para tanto, uma análise teórico-dogmática e principalmente filosófica desta complexa categoria do direito processual.

¹ PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1998. p.17.

² “In primo luogo, infatti, lo Stato moderno si è preoccupato di garantire l'imparzialità del giudice, e particolarmente la sua indipendenza rispetto agli altri poteri statuali” (PISAN, Mario. *Giurisdizione penale. Enciclopedia del Diritto*. v. XIX, Milano: Giuffrè Editore, 1970, (381-404), p.382.

³ PISAPIA, Gian Domenico. *Copendio di procedura penal*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975. p.6.

Contudo, a concretização de um corte epistemológico no âmbito do direito processual penal, para centrar seu foco em relação a um dos sujeitos do processo (o juiz), não tem por finalidade construir uma imagem apoteótica do magistrado que possa inseri-lo numa posição de supremacia em detrimento dos demais sujeitos da relação jurídica processual penal.

Ressalta-se a importância fundamental do Ministério Público e do Advogado no exercício da atividade jurisdicional e, principalmente, na concretização dos valores fundamentais de um Estado de Direito Democrático.

Na realidade, as razões que motivaram um estudo mais detalhado da figura do juiz e de sua performance na relação jurídica processual penal estão consubstanciadas em dois aspectos fundamentais:

a) em primeiro lugar, a imparcialidade judicial ou o direito fundamental a um juiz imparcial tem sido objeto de poucas e restritas reflexões por parte dos estudiosos do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal, não obstante a sua importância e a constante “reflexão endogâmica” exercida pelos próprios magistrados;⁴

b) em segundo lugar, a construção do denominado princípio da imparcialidade do juiz está alicerçada num pensamento liberal burguês do Século XVIII, merecendo há tempo uma reformulação ou reestruturação de suas bases segundo as modernas arquiteturas sociais, econômicas e culturais do Século XXI.

Este novo alicerce do princípio ou direito fundamento do juiz imparcial deve manter-se atualizado pelas insatisfações sociais com os resultados apresentados por um Poder Judiciário que, apesar de seu ótimo padrão estrutural tecnológico, ainda fornece resultados pífios representativos de um país periférico vitimizado pela ordem globalizada, perversa e injusta de um sistema mundo dominante.

⁴ ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002. p.17.

Em julho de 2004, a Revista VEJA publicou um artigo que conclama a todos a fazer uma reflexão séria e realista sobre a questão da impunidade no Brasil. Este artigo, após comentar algumas vitórias isoladas ao combate à corrupção em nosso país (casos Luiz Estevão, Jorgina de Freitas, Jader Barbalho, Nicolau dos Santos Neto, Fernando Collor etc), chegou à seguinte constatação:

Por que o Brasil não consegue livrar-se desse mal? A resposta é, sobretudo, porque a legislação embute fragilidades que ajudam a perpetuá-lo. O Código processual brasileiro dispõe de um cardápio tão vasto de recursos – as ferramentas jurídicas por meio das quais é possível modificar ou reverter uma sentença – que, para réus com acesso a bons advogados, encontrar uma brecha que os livre da cadeia acaba sendo mais fácil do que fraudar uma licitação. “A possibilidade de entrar com recursos no Brasil, dificulta a conclusão dos processos, abarrotam os tribunais e cria uma situação de desigualdade: são beneficiados aqueles que têm dinheiro para pagar os melhores advogados”.⁵

O conteúdo deste artigo jornalístico merece algumas reflexões.

Responsabilizar o excesso de recursos no âmbito do sistema processual penal como causa da impunidade no Brasil demanda certa inquietação e preocupação.

Não se deve esquecer que os recursos inerentes ao processo penal são garantias constitucionais provenientes do exercício da ampla defesa e do contraditório, que são imanentes à natureza jurídica constitucional do processo contemporâneo. Além do mais, sendo o Direito uma ciência cultural de racionalidade dialética argumentativa, a previsão de recursos no âmbito do processo penal representa uma das conquistas mais elementar do Estado de Direito Democrático, ou seja, a garantia em face da “falibilidade humana”.

Na verdade, não se é restringindo perigosamente a possibilidade do exercício de recursos que se irá resolver um dos mais graves problemas existentes

⁵ MENEZES, Cynara, As vitórias parciais contra a corrupção – as investigações deram um salto de qualidade, há mais gente na cadeia, mas ainda é difícil condenar um corrupto no Brasil. *Revista VEJA*, n. 27, São Paulo: Ed. Abril, julh./2004, p. 84.

na América Latina, a desigualdade das pessoas no âmbito da relação jurídica processual.⁶

Parafraseando o filósofo argentino, radicado no México, Enrique Dussel, a solução do problema não se encontra em jogar fora a água contaminada juntamente com o copo que a contém.

Apesar de não se concordar integralmente com a afirmação de que a impunidade no Brasil é proveniente do excesso de recursos no âmbito processual, o artigo jornalístico mencionado traz uma constatação importante, e que, por meio de uma outra perspectiva, representa o ponto central da racionalidade crítica desenvolvida neste trabalho sobre a imparcialidade do juiz, isto é, a questão da desigualdade social e econômica existente entre os sujeitos da relação jurídica processual: “(...)são beneficiados aqueles que têm dinheiro para pagar os melhores advogados”.⁷

A desigualdade social, econômica e cultural deve ser a mola propulsora para se postular uma nova leitura da (im)parcialidade do juiz, uma leitura que não deixe de levar em consideração essa grave distorção existente no âmbito do processo penal e civil.

E para que se possa realizar uma ampla análise da imparcialidade do juiz, tendo como fio condutor a realidade social, econômica e cultural dos sujeitos da relação jurídica processual, optou-se pela utilização de uma metodologia consubstanciada em quatro momentos bem delineados e constantemente interligados.

⁶ “Prefere-se, freqüentemente, empreenderem-se *reformas das leis*, sem que quase nada mude em relação ao comportamento, diante delas, ainda quando reformadas”. (GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 13).

⁷ Conforme informação expressamente consignada no citado artigo, o ex-juiz Nicolau dos Santos Neto conseguiu se livrar do processo de formação de quadrilha mediante a apresentação de nada mais, nada menos, que 32 (trinta e dois) *habeas-corpus*. Não há dúvida de que o sucesso do ex-magistrado deve-se, principalmente, a um aparato jurídico decorrente da atuação dos melhores profissionais da área jurídica. Contudo, também é indubitável que, se se tratasse de um Nicolau dos Santos Neto comum, humilde, pobre e residente numa das inúmeras favelas desse “Brasil”, sujeito à assistência judiciária gratuita, o resultado poderia ter sido outro.

A análise de qualquer instituto jurídico recomenda, necessariamente, em primeiro lugar, a delimitação precisa de seu marco conceitual e estrutural, uma vez que essa descrição teórica condiciona seu posterior exame crítico. Por essa razão, a primeira parte do trabalho dedica-se à construção dogmática do conceito, alcance e fundamentos da imparcialidade judicial.

Uma vez fixados os contornos genéricos e dogmáticos da imparcialidade judicial,⁸ pretende-se, num segundo plano, através de uma racionalidade crítica, desconstruir a figura do juiz imparcial, utilizando-se, para tanto, das categorias apresentadas pela sociologia, economia, psicologia, e de todas as demais disciplinas que compõem a imprescindível *interdisciplinaridade* no âmbito da epistemologia das ciências humanas.

Finalmente, num terceiro e quarto momentos, passa-se a reconstruir uma nova essência para o princípio/direito/garantia da (im)parcialidade, com fundamento nas categorias e nos critérios estabelecidos pela filosofia da “racionalidade do outro”.⁹

O trabalho, de toda maneira, transcorre numa teia de conceitos e preceitos dogmáticos regrados por uma visão filosófica da teoria da ética da libertação desenvolvida pelo filósofo argentino, radicado no México, Enrique Dussel, e pelas categorias filosóficas de Emmanuel Lévinas e Michel Foucault.

⁸ Evidentemente que mesmo na exposição dogmática, o fio condutor da filosofia crítica sempre estará presente.

⁹ “(...) Ma se il momento critico è sorretto da un critèrio oggettivo di valutazione, condizione indispensabile per ogni critica costruttiva, scaturente dalla natura stessa delle cose e quindi, nel campo del diritto, dalla idea di giustizia, la filosofia diventa momento essenziale per la comprensione della procedura, sia sotto il profilo delle fonti sostanziali della norma, sia sotto quello della interpretazione della stessa e della riforma degli istituti. E che altro è stato il processo di rinnovamento delle procedure penali, agli albori del secolo passato, se non la conseguenza di un travaglio filosofico che ha cercato di porre in primo piano le ragioni dell’individuo affinché questi non venisse più sacrificato all’utile collettivo camuffato da ragion di Stato? (...)”. (BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penal*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966., p. 141).

A conclusão deste trabalho terá por finalidade evidenciar, através de um pensamento crítico-filosófico¹⁰, a *parcialidade positiva do juiz*, realçada principalmente pelos conteúdos filosóficos da ética da libertação.

Evidentemente que o caminho a ser percorrido não poderia prescindir da análise do direito comparado, uma vez que, o instituto da imparcialidade do juiz, nas obras nacionais, ainda é tratado em tópicos restritos e superficiais na construção sistemática de alguns princípios do processo penal e civil. Por isso, procuraram-se subsídios na doutrina e jurisprudência do direito comparado, principalmente na Itália, Espanha, Portugal e Estados Unidos da América do Norte.¹¹

A necessidade de uma nova leitura do princípio/direito/garantia da (im)parcialidade do juiz não é fruto de um simples trabalho teórico acadêmico; acima de tudo decorre, principalmente, da percepção de que no limiar de um novo milênio, o que se observa até então é um lamentável paradoxo da trajetória humana ao longo da história. Se por um lado a humanidade atingiu nível de progresso tecnológico e científico jamais visto anteriormente, por outro se assiste à exclusão de milhões de seres humanos do processo de evolução social, convertidos em escravos da “lógica do mercado”. Em síntese, presencia-se uma sociedade humana com imensa dose de injustiça social, e que reclama um “senso de igualdade”.¹²

O processo penal ou civil e a atividade jurisdicional desenvolvida pelo juiz no seu âmbito não estão a salvo desse paradoxo.

Com base no postulado de uma nova leitura da (im)parcialidade do juiz, pretende-se introduzir no processo penal, para além de um racionalidade

¹⁰ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p.21.

¹¹ É importante salientar que o objetivo deste trabalho não é uma análise circunscrita da imparcialidade do juiz no âmbito do direito comparado, razão pela qual as citações jurisprudenciais tiveram por objetivo realçar apenas alguns aspectos importantes, na ótica deste autor, sobre o tema.

¹² “(...) um senso de igualdade, quanto à natureza humana, o qual embora refute o ‘igualitarismos’, não compactue com gritantes desigualdades a se apresentarem como impedimento a uma vida digna a membros da referida sociedade”.(GOMES, S. A., Op. Cit., p. 8).

teórica instrumental, a realidade como ela é, retirando-se o “véu da ignorância” que cobre a consciência dos liberais para que passem a enxergar as diferenças e desigualdades como efetivamente se apresentam durante o transcurso da relação jurídica processual – dura e crua.

E é pelo motivo de que toda eficácia normativa está vinculada à realidade dos fatos, que a nova leitura da (im)parcialidade do juiz deverá romper com eventuais posições apriorísticas nem sempre convergentes com o modelo contemporâneo do processo penal, isto é:

Livre dos conceitos que, difundidos doutrinariamente, denunciam posições apriorísticas nem sempre totalmente compatíveis com o modelo real da base de sustentação institucional do processo penal vigente, na tentativa de conciliar o inconciliável, de conferir às práticas processuais penais, ao menos no âmbito do discurso, foro de legitimidade constitucional quando algumas não o têm, escondendo-se desse modo a verdadeira tensão estabelecida em razão da discrepância entre o preceito jurídico e a sua implementação.¹³

Na verdade, segundo Giuseppe Bettiol: “Il concettualismo è la tomba della scienza processualistica”.¹⁴

Aquilo que é próprio do pensamento abstrato que consiste na possibilidade de evocar “coisas” ou eventuais realidades mesmo que ausentes, difere do pensamento crítico, no qual é preciso acrescentar a dialética, ou seja, “(...)o pensamento crítico parte da experiência de que o mundo é complexo: o real não mantém as condições da sua existência senão numa luta, quer ela seja consciente quer inconsciente”.¹⁵

Com base nesse pensamento crítico já se pode fazer uma afirmação conclusiva preliminar de que o processo penal e sua sistematização são frutos não apenas de seu contexto normativo, cujas linhas mestras são ditadas pela

¹³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório* – a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 1999. p.3.

¹⁴ BETTIOL, G., Op. Cit., p. 139.

¹⁵ MIALLE, M., Op. Cit., p. 21 e 22.

Constituição, mas, também, “num plano político integrado a todo sistema penal”,¹⁶ podendo-se inclusive avançar um pouco mais para dizer que se encontra integrado também pelo plano econômico, social e cultural que constituem uma determinada ordem comunitária.

Ao se desconstruir de certa maneira as estruturas dogmáticas até então formuladas em relação ao princípio/direito/garantia da (im)parcialidade do juiz no processo penal, não se pretende lançar a decisão judicial ao crivo subjetivo do magistrado, muito menos colocar em risco os direitos e garantias fundamentais dos sujeitos que compõem a relação jurídica processual penal, mas, sim, realçar os aspectos empíricos sociais, culturais, econômicos que contrastam entre a chamada constituição escrita e a constituição real.¹⁷

É intuitivo que não se deseja permanecer no campo das teorias mecanicistas do homem máquina ou na visão de que a atividade intelectual se dá por processo lógico-matemático. Não se comunga com uma época em que a “morte do homem” é considerada como um fato consumado, uma vez que o homem concreto representaria o último obstáculo que impede o pensamento teórico girar sobre si mesmo.¹⁸

Deseja-se, na verdade, ressuscitar o ser humano - juiz, o ser humano - Ministério Público, concreto, vivo, para se analisar a (im)parcialidade do magistrado, que nada mais é do que uma (im)parcialidade humana.

¹⁶ PRADO. G., Op. Cit., p.4.

¹⁷ “Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país” (LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.33).

Ver também sobre o tema: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹⁸ GUSDORF, Georges. Pasado, presente y futuro de la investigacion interdisciplinaria. *In Interdisciplinarietà y ciencias humanas*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. p.48.

Evidentemente que essa linha de pensamento decorre da concepção de ser o direito processual penal um fenômeno cultural, e, conseqüentemente, vinculado a uma determinada realidade e linguagem história. Abandona-se qualquer postura exclusivamente idealista e formal.¹⁹ Deve-se evitar esse idealismo formal e universal que conduz a uma perspectiva a-histórica, destacando-se pouco-a-pouco do contexto geográfico e histórico as idéias que foram produzidas.

O pensamento idealista, segundo Michel Mialle, torna-se um fenômeno em si, alimentando-se de sua própria produção; os termos abstratos, como o da imparcialidade do juiz, abandonam a sociedade que os produziu, sujeitando-se à razão pura, a um universalismo abstrato e formal.²⁰

É nessa postura idealista e formal que ainda se percebe e se compreende a (im)parcialidade do juiz, e é contra essa maneira clássica de se pensar que se projeta neste trabalho um pensamento crítico-filosófico.

Assim, os objetivos gerais deste trabalho podem ser sintetizados da seguinte maneira:

a) desmistificar o mito do princípio da (im)parcialidade do juiz, ressaltando-se sua utopia em face das inúmeras influências subjetivas e objetivas exercidas no ato de julgar, principalmente decorrente da formação ideológica, cultural, social e psicológica do magistrado;

b) estabelecer uma análise dogmática crítica sobre a (im)parcialidade do juiz em face da ação comunicativa desenvolvida no processo,

¹⁹ “No seu significado mais comum, o idealismo é uma corrente do pensamento filosófico que se opõe ao materialismo: a característica consiste em que, para um idealista, o princípio fundamental da explicação do mundo encontra-se nas idéias, idéia ou no Espírito, concebido como superior ao mundo da matéria; este não é, em última análise, senão o produto ou o efeito do Espírito que governa (...). A atitude dos juristas resulta de as noções de direito serem sempre apresentadas e tratadas, nos factos, fora de um contexto social preciso: o jurista não nega a existência e o peso das estruturas sociais, subordina-as ao seu sistema de pensamento. Estes mecanismos intelectuais conduzem a resultados desoladores: os fenômenos, por vezes os mais evidentes, perdem-se, enquanto que as idéias se tornam o fundamento da realidade (...). A via idealista traz consigo uma ‘visão’ do direito aparentemente extremamente banal, profundamente orientada para a realidade” (MIALLE, M., op. cit., p. 50, 51 e 52).

²⁰ Idem. Ibidem. p. 52.

sustentando-se *uma nova leitura da (im)parcialidade do juiz* com base na *racionalidade do outro* e na *interdisciplinaridade*;

c) delinear, mediante uma apreciação Indutivo-crítica, a ideologia dos modernos pensadores filosóficos, que permitirá solucionar a aparente antinomia existente entre a igualdade substancial e a (im)parcialidade do juiz, entre a segurança e a efetividade, segundo a percepção de certos valores.

O desafio está lançado, mas para que se possam alcançar os resultados almejados há necessidade de se desvestir dos preconceitos que nos impulsionam para uma postura reacionária e estática, como é natural do ser humano, não só como mecanismo de proteção de suas bases já alcançadas, mas, principalmente, como defesa inconsciente diante de propostas que visam alçar novos vôos nesse inesgotável campo do conhecimento.

CAPÍTULO I – A LEITURA DA (IM)PARCIALIDADE DO JUIZ NA PERSPECTIVA DOS CONCEITOS E PRECEITOS DA DOGMÁTICA JURÍDICA DO DIREITO PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL

1.1 Considerações Preliminares

A partir do término da Segunda Guerra Mundial, a exigência da imparcialidade judicial tornou-se um postulado universal consubstanciado nos diversos tratados internacionais difundidos nas democracias ocidentais. Atualmente, esta garantia encontra-se reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10), Declaração Americana dos Direitos do Homem (art. 26, 2), Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, I), Convenio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6, 1) etc.²¹

Portanto, uma das noções mais importante e difundida na Modernidade é a garantia da imparcialidade judicial (direito a um tribunal imparcial).²²

Apesar disso, tem-se mencionado que paradoxalmente, “(...) la definición de imparcialidad no ha sido jamás caracterizada (...)” talvez porque em todos os tempos a imparcialidade foi percebida pelas pessoas no mais profundo de sua consciência do justo e do injusto.²³

²¹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal – un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad*. Disponível em: [http://www.catedrahendler.org/materiales/zysman%20 %20Imparcialidad.PDF](http://www.catedrahendler.org/materiales/zysman%20%20Imparcialidad.PDF) - 03/08/2005, p.1.

²² “Desde luego, si afirmamos que la ‘imparcialidad’ constituye una de las garantías que debe reunir el ‘proceso justo’”. (VIAGAS BARTOLOMÉ. Plácido Fernández. *El juez imparcial*. Granada: Editorial Comares, 1997. p.19.).

²³ QUIRÓS, D. Z., Op. Cit., Loc. Cit.

José Antonio Díaz Cabiale afirma que a imparcialidade é “(...) una de las cuestiones más arduas desde el punto de vista teórico en que se puede pensar”.²⁴

É também correto dizer que inexistente em nossa literatura um estudo circunstanciado que conduza a uma reflexão definitiva sobre a definição de imparcialidade, principalmente a partir do momento em que se percebe que seu alcance não se circunscreve ao âmbito da subjetividade do juiz, senão que também corresponde a um elemento objetivo básico e inspirador de um *proceso justo*.²⁵

A doutrina e a jurisprudência, em princípio, optaram por traçar um caminho em prol da definição da imparcialidade de forma fragmentaria, sob uma perspectiva negativista, indicando os motivos ensejadores da quebra da imparcialidade do juiz, e, conseqüentemente, as razões pela qual ele deva se abster ou ser recusado pelas partes.

A análise deste instituto sob a perspectiva meramente negativista, contudo, é restrita e insuficiente, pois não permite a construção de um direito fundamental ao juiz imparcial muito menos atestar que a imparcialidade é também um princípio estruturante do próprio Poder Judiciário, promovedor de uma atividade jurisdicional segundo os ditames de um *proceso justo*.

Na realidade, numerosos são os estudos que avaliam a imparcialidade sob o fundamento legal processual das causas de abstenção ou recusa do juiz, mas, poucas são as análises desse instituto sob o enfoque do “devido processo legal substancial”.²⁶

A proposta desenvolvida neste trabalho postulará uma concepção da imparcialidade que vá além da perspectiva negativista, isto é, sustentará uma visão

²⁴ CABIALE, José Antonio Díaz. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Editorial Comares, 1996. p.401.

²⁵ ORTIZ, Maria Isabel Valdecabres. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004. p.106.

²⁶ Idem Ibidem. p. 106 e 107.

objetiva e positiva da imparcialidade judicial segundo às categorias do pensamento filosófico da racionalidade do “outro”.

1.2 O Significado da Imparcialidade – Complexa Definição

Imparcialidade, de maneira até certo ponto tautológica, significa ou pressupõe ser uma garantia que caracterize a ausência de *parcialidade*: imparcial é aquele ou aquilo que não é *parcial*. Imparcial seria, portanto, “(...)falta de prevención en favor o en contra de personas o cosas”.²⁷

E o que se entende por *parcialidade*?

A palavra “parcialidade” pode ser utilizada em dois sentidos: como parte de uma disputa ou conflito, ou como sinônimo de “parte de um todo”.²⁸

No primeiro aspecto a palavra “parcialidade” conduz à defesa de interesses egoísticos, por vezes irracionais, implicando dependências heterônomas. Imparcial, sob este aspecto, seria a conduta desinteressada, isenta, neutra e independente; imparcial será a conduta que se deixa conduzir somente por critérios lógico-racionais, fechando-se para interesses estranhos ao circunstancialismo factual envolvente.²⁹

Nesse sentido, a imparcialidade, para Werner Goldschmidt, consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do juiz.³⁰ Com isso, garante-se que “(...)los que ejercen jurisdicción no solamente no pueden tener interés

²⁷ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p.2.

²⁸ MELO RIBEIRO, Maria Teresa de. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996. p.17.

²⁹ Idem. Ibidem. Loc. Cit..

³⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso. In *Revista de Derecho Procesal*. v. II, 1950, p. 208.

o relación con ninguna de las partes sino que también deberían estar en condiciones intelectuales de fallar sin prejuicios (...).³¹

Para essa linha de pensamento, é imparcial: “(...) todo aquel que se enfrenta a valorar un conflicto sin ódio ni pasión, sin prejuicios partidários, sin ideas preconcebidas con respecto al objeto o las partes”.³²

É nesse aspecto que a garantia da imparcialidade tem sido entendida por numerosas doutrinas e jurisprudências, “(...) como salvaguarda a un tribunal (profesional o popular) de carácter imparcial; es decir, ligada al afianzamiento de una cualidad del juez, muchas veces asimilada a lo objetivo, equitativo o neutral”.³³

A imparcialidade, portanto, nessa concepção clássica, exigiria uma desumanização, enquanto que o mundo de vivência e idéias pessoais do Juiz, que poderia implicar prejulgamento, deveria permanecer à margem do julgamento.³⁴

Mas não basta construir uma definição da imparcialidade apenas sob o aspecto da leitura desapaixonada e como qualidade delimitada à pessoa do magistrado.

É imprescindível a análise da “parcialidade” no seu segundo sentido, ou seja, compreendida como *parte de um todo*.

Nesse aspecto, conduta efetivamente imparcial “(...) será apenas aquela que, para além de obedecer a parâmetros racionais de comportamento, tenha em atenção a totalidade dos interesses afectados pela própria acção”.³⁵

³¹ “(...) La balanza de la justicia debería calcular exclusivamente el peso de lo proporcionado por las partes pues la introducción de cualquier otro factor desequilibraría la neutralidad de la medición”. (VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Loc. Cit.).

³² ORTIZ, M. I. V., Op. Cit. p. 117.

³³ QUIRÓS, D. Z., Op. Cit., p. 2.

³⁴ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p. 1 e 2.

³⁵ MELO RIBEIRO, M. T., Loc. Cit.

Imparcialidade, sob essa perspectiva, está fundamentada na *parcialidade positiva do juiz*.

Imparcialidade será, simultaneamente, critério de salvaguarda de uma qualidade inerente à pessoa do juiz, como também objetividade e globalidade, em outras palavras, “persecução objetiva do todo”.³⁶

A imparcialidade compreendida como *parte de um todo* permite a construção doutrinária da perspectiva da “parcialidade positiva do juiz”, em que o magistrado, na condução da relação jurídica processual penal ou civil, deverá considerar as diferenças culturais, sociais, econômicas, psicológicas etc. das pessoas que participam dessa relação jurídica, a fim de que ele possa estabelecer a “persecução objetiva do todo”.

Desta maneira, a imparcialidade atua em relação aos seus destinatários como princípio geral de um processo justo, e como qualidade pessoal no âmbito individual, ou seja, pode ser vista como virtude individual de caráter subjetivo, virtude de quem é imparcial³⁷, e como princípio objetivo de organização da sociedade e do Estado na “persecução de um processo justo”.

A *imparcialidade* revela-se, conseqüentemente, no mundo do ser, do dever ser e do parecer.

³⁶ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

³⁷ “Algumas formas de virtude são chamadas de *virtudes intelectuais* e outras *virtudes morais*. A sabedoria e o entendimento e a prudência são virtudes intelectuais; a generosidade e a temperança são virtudes morais.

A virtude que temos que considerar é claramente a virtude humana, visto que o bem e a felicidade que nos dispomos a buscar foram o bem humano e a felicidade humana”. (Aristóteles. *Ética a nicômaco*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2002. p.61 e 63).

1.3 Corolários da Imparcialidade

Estabelecida uma definição da imparcialidade com base na sua essência subjetiva e objetiva, passa-se à análise dos seus corolários, os quais têm por finalidade delimitar as características da imparcialidade.

1.3.1 Imparcialidade como objetividade

A imparcialidade significa, antes de tudo, objetividade na escolha dos meios destinados à prestação da tutela jurisdicional.

O princípio/direito/garantia da imparcialidade reclama que o juiz atue no processo de forma objetiva, ou seja, sem que se deixe influenciar por considerações de ordem subjetiva, pessoal ou antijurídica.

Objetividade, portanto, equivale à juridicidade.

Este corolário decorre do Estado de Direito.

Seja na fase instrutória como na fase decisória o Estado-Juiz deve atuar com objetividade, segundo critérios lógico-rationais e estritamente jurídicos. O aspecto objetivo afasta qualquer influência de natureza subjetiva ou pessoal do julgador na relação jurídica processual, garantindo às partes repulsa a eventuais atos discriminatórios.³⁸

³⁸ MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 162.

1.3.2 A imparcialidade como isenção

O juiz não poderá intervir na relação jurídica processual penal sempre que tenha algum interesse pessoal no resultado final da decisão.

Nesse aspecto, a imparcialidade exige da autoridade judiciária total isenção na concreção do ordenamento jurídico através da decisão judicial.

Da imparcialidade como isenção decorre naturalmente a proibição de as autoridades judiciárias praticarem atos ou proferirem decisões sobre questões em que sejam direta ou indiretamente interessadas, e, por razão lógica, a obrigação de se absterem de exercer atividade jurisdicional nos procedimentos em questão.³⁹

1.3.3 A imparcialidade como neutralidade

A exigência de neutralidade como corolário da imparcialidade é fruto do momento em que o liberalismo passou a ditar regras nas sociedades modernas.

A partir do século XVIII, havia uma preocupação em romper com a subordinação do Poder Judiciário ao poder político da época. Tal vinculação era prejudicial à imprescindível neutralidade que deveria nortear a atividade jurisdicional.

³⁹ Idem Ibidem. p. 168 e 169.

A *neutralidade* caracterizava-se pelo distanciamento do Poder Judiciário em relação aos interesses das diferentes forças político-partidárias.⁴⁰

Conforme afirma Plácido Fernández-Viagas Bartolomé:

“(...). La concepción del Juez como una máquina perfecta que, ante cada concreto litigio, tiene una solución única previamente fijada constituyó una de las aspiraciones originarias del pensamiento ‘ilustrado’”.⁴¹

A partir de então, a doutrina clássica e tradicional passou a entender que a principal característica da imparcialidade como exercício da atividade do juiz seria a *neutralidade*, isto é, a imagem de neutralidade que há de ser refletida no momento de se proferir a decisão jurisdicional.

Exige-se um julgador configurado como terceiro entre as partes, imbuído de uma imagem de neutralidade.

O juiz não apenas deve ser neutro, senão também parecê-lo neutro. A neutralidade judicial, portanto, é pressuposto para a objetividade da jurisdição, sendo concretamente um traço essencial de toda atividade jurisdicional.⁴²

A neutralidade deve ser analisada através de dupla vertente: uma vertente objetiva, na medida em que postula uma posição institucional do Poder

⁴⁰ “Nesse sentido, v. Baptista Machado, *Administração...*, Op. Cit., p. 127. Como refere o autor, o conceito de neutralidade como manifestação do Estado de Direito formal, com vista a concretizar um Estado conservador, não intervencionista, cuja função é apenas a de estabilizar as relações de domínio existentes (...). Outras vezes fala-se em neutralidade do Estado no sentido de exigir dele uma atitude coincidente com a do relativismo axiológico, uma atitude agnóstica ou indiferente perante os princípios e valores básicos da tradição cultural (...) Por último, fala-se de neutralidade do Estado no sentido de *não-identificação* dele com qualquer partido, força social ou corrente ideológica”, *Participação e Descentralização...*, Op. Cit., p. 140 e 141.

Mas, para Baptista Machado, ‘há um outro plano de sentido em que se fala de neutralidade do Estado: o da Justiça (...) e a neutralidade afere-se agora por referência a este valor e assume sob certos aspectos um significado idêntico ao de imparcialidade (...) Neste sentido o Estado é *neutro* se, na resolução de qualquer conflito de interesses, assume uma posição valorativa de simultânea e igual consideração de todos os interesses em presença. A neutralidade não impõe aqui ao Estado atitudes de *abstenção*, mas mais propriamente atitudes de isenção na valoração dos interesses em conflito. O Estado é neutro quando faz vingar a Justiça e estabelece regras do jogo justas’, *Participação e Descentralização...*, ob. cit., pág. 145”. (Idem. Ibidem., p. 187).

⁴¹ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p.19.

⁴² ASENSIO. R. J., Op. Cit., p. 72.

Judiciário; outra subjetiva que se impõe aos juízes como verdadeiro dever funcional. Os juízes devem aplicar a lei sem que se deixem conduzir por suas convicções políticas ou partidárias.

A neutralidade dos órgãos jurisdicionais constitui, segundo a vertente clássica e tradicional, corolário indispensável da imparcialidade do juiz e da busca objetiva na concretização do ordenamento jurídico.

Mais adiante será realizado um estudo sobre a questão da imparcialidade e a produção de prova realizada *ex officio* pelo juiz. Não obstante certa corrente doutrinária entenda que a produção probatória realizada por iniciativa do juiz possa causar dano à imparcialidade, na verdade, o que se pretende dizer é que o juiz perde sua *neutralidade*.⁴³

A “neutralidade” corresponde, desta maneira, “(...)a una determinada concepción del ‘rol’ del Juez dentro del proceso, pues es una manifestación de una peculiar forma de asumir esta institución”.⁴⁴

Fala-se também de “lontananza” como sinônimo de neutralidade, no sentido de que o juiz deve permanecer o mais longe possível das partes.

Com efeito, a noção de “neutralidade” impede a concepção do poder jurisdicional como exercício de uma manifestação da soberania popular para lograr um resultado justo através da aplicação do direito, com o intuito de realizar a justiça, senão que se veja simplesmente como um meio de resolver contendas. Isto significa, em outras palavras:

(...) que de manera más o menos explícita la “neutralità” del órgano jurisdiccional abandona la justicia como valor que se alcanza o al que se tiende, para centrarse en un aspecto más pragmático: la solución de conflictos ínter subjetivos.⁴⁵

⁴³ “Así cuando se afirma que el órgano jurisdiccional al practicar actividad probatoria pierde la imparcialidad, lo que en realidad se quiere decir es que deja de ser neutral, perdiendo su condición de árbitro”. (CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 416).

⁴⁴ Idem Ibidem. Loc Cit.

⁴⁵ Idem Ibidem. p.417.

Ao não se visar à justiça como valor intrínseco ao processo, nessa forma de ser da neutralidade, não parece lógico que o órgão jurisdicional interfira nas atuações das partes, senão que deva se limitar a presenciar o combate entre elas.

A finalidade do processo é, pois, “el triunfo de la parte más hábil, no de la que se encuentra apoyada en razones de mayor justicia”.⁴⁶

Portanto, a “neutralidade” é o valor anexo que se predica de quem presencia e deve decidir sobre uma contenda, duelo, enfrentamento, um simples jogo que pertence apenas às partes e, em relação ao qual, o juiz deve ser visto como árbitro sem se imiscuir, sem realizar qualquer ato probatório.

O fato de se descurar, segundo esse modo de entender a neutralidade, da possibilidade de se alcançar à justiça através do exercício da atividade jurisdicional, resulta indubitavelmente numa circunstância desvestida de qualquer legitimação, razão pela qual, no próximo capítulo, em que a racionalidade crítica fluirá com mais naturalidade, é sobre a chamada “neutralidade” do juiz que se focalizará, com maior rigor, toda a pulsão desqualificadora desse corolário construído pela dogmática jurídica.

Deve-se, portanto, na concepção de Metello Scaparone “(...) vedere nel processo penale non tanto un ‘gioco sportivo’ fra le parti quanto piuttosto uno strumento per accertare la verità”.⁴⁷

Não se deve esquecer que: “El objetivo de toda sentencia es la verdad y la justicia”.⁴⁸

⁴⁶ Idem Ibidem. Loc. Cit..

⁴⁷ Apud RAMOS. João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal – doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte. Livraria Del Rey, 1996. p.93 e 94.

⁴⁸ SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Trad. Jose Manuel Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957. p.20.

1.3.4 A imparcialidade como transparência

Decorre do princípio da imparcialidade o dever de o órgão jurisdicional ser transparente no exercício de sua função.

As decisões judiciais não podem ser proferidas em segredo (salvo naquelas hipóteses exigidas pelo interesse público).

Outrossim, as decisões judiciais devem ser fundamentadas ou motivadas conforme determina a própria Constituição Federal brasileira em seu artigo 93, inciso IX, sendo que através dessa publicização dos motivos que deram origem ao convencimento judicial, preconiza-se a legítima transparência da imparcialidade do juiz.

1.4 Conteúdo Objetivo e Subjetivo da Imparcialidade

Busca-se com o instituto da imparcialidade evitar que o juiz tenha qualquer tipo de inclinação injustificada por uma das partes, devendo permanecer eqüidistante como terceiro *super partes*, garantia que se estabelece em comum para todas as formas de composição judicial.⁴⁹

As causas de abstenção ou de recusa indicadas na legislação infraconstitucional processual civil ou penal evitam a ruptura desse equilíbrio, impedindo a aparição de subjetivismos ou simplesmente prejulgamentos, que, por sua vez, impediriam que o julgador pudesse alcançar a justiça devida em seu pronunciamento.

⁴⁹ “Che il giudice debba essere *super partes* non è dunque un'affermazione meramente protocollare o di topografia delle aule giudiziarie, ma una profonda e sostanziale esigenza che vuole, a garanzia della indipendenza e della imparzialità dell'organo, il giudice disancorato dagli interessi propri delle parti”. (PAOLOZZI, Giovanni. Giudice político e iudex suspectus. In. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1973, Anno XVI, (635-650), p.635).

Mas esse temor de indevida inclinação, segundo determinada corrente doutrinária e jurisprudencial, não se restringe apenas a eventuais vinculações de caráter subjetivo do órgão jurisdicional. Sustenta-se, também, que a imparcialidade igualmente aborda os aspectos objetivos, ou seja, aqueles que se referem ao processo como mecanismo que oferece as garantias suficientes para excluir qualquer *dúvida razoável* em relação à imparcialidade do juiz.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), através da decisão proferida no caso *Piersack*, em 1º de outubro de 1982, passou a reconhecer a diferenciação entre o aspecto subjetivo e objetivo da imparcialidade. Segundo o Tribunal, pode-se distinguir, por um lado, um aspecto subjetivo da imparcialidade que trata de averiguar a convicção pessoal de um determinado juiz em um caso concreto e, por outro, um aspecto objetivo que propugna pela existência de um Juiz concreto que possa oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a esse respeito.⁵⁰ Nessa decisão, o Tribunal europeu no que concerne à imparcialidade objetiva ressaltou:

a) que las apariencias son importantes en esta materia porque lo que está en juego es la propia legitimación de los Tribunales en su actuación, b) que por eso bastan las dudas de imparcialidad para excluir al Juez sospechoso, c) que son trascendentales los criterios de carácter organizativo de la actuación judicial, de forma que no es preciso comprobar sus resultados sobre la convicción personal del Juez, por ello se puede afirmar que el ejercicio previo en el proceso de determinadas funciones procesales puede provocar dudas de parcialidad.⁵¹

É evidente que essa distinção entre imparcialidade *subjetiva* e *objetiva* formulada pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos (TEDH) não ficou imune a críticas.

Com efeito, a distinção tem sido objeto de acentuadas ressalvas, uma vez que a referência à parcialidade, por mais que se objetive, conduz sempre a situar o problema nas *circunstâncias subjetivas do julgador*.

⁵⁰ CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 407.

⁵¹ ORTIZ, M. I. V., Op. Cit., p. 148.

Para Joan Picó i Junoy, não obstante a indiscutível autoridade do TEDH, do qual emanou dita distinção, a mesma resulta incorreta, na medida em que: “(...)la imparcialidad judicial hace referencia a la consideración del juez como sujeto ajeno a lo discutido en un proceso y a las partes litigantes, por lo que su imparcialidad o parcialidad es siempre subjetiva”.⁵²

José Antonio Díaz Cabiale, amparado em Gonzalez Montes, da mesma forma inclina-se pela corrente *subjetivista*, afirmando:

De esta manera nos parece que la parcialidad o imparcialidad siempre vienen haciendo referencia a uno elemento subjetivo, la parte y la posición que ocupa respecto de ella el Juez. Por ello la imparcialidad siempre es subjetiva y no objetiva como entendía el TS.⁵³

Por outro lado, o Tribunal Supremo da Espanha, através da decisão de 8 de fevereiro de 1993, adotou posicionamento diverso daquele formulado pelo TEDH, afirmando que a única classe de imparcialidade que se percebe e se pode comprovar é a *objetiva*, já que somente dados objetivos, sejam no que concerne à relação pessoal do juiz com as partes ou com o objeto do processo, são os que podem servir de base para estimar a neutralidade ou não do magistrado.⁵⁴

Não obstante a existência de correntes unilaterais (*subjetivista* ou *objetivista*) sobre o tema, não se pode deixar de reconhecer que a distinção entre imparcialidade *objetiva* e *subjetiva* formulada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem sua razão de ser.

Existem causas que determinam uma análise acerca da imparcialidade, vinculadas unicamente a aspectos objetivos, ou seja, sufragadas em dados constatáveis sem qualquer influência específica no âmbito subjetivo do órgão jurisdicional.

⁵² “Neste sentido: MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal – una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanck, 1997. p.107; GONZÁLEZ MONTES, J. L. *Instituciones de derecho procesal*. 3. ed. Tomo I. Madrid: Tecnos, 1993. p.134” (PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 51).

⁵³ CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 408.

⁵⁴ Idem Ibidem. Loc. Cit..

A imparcialidade não pode e não deve ser avaliada somente como um mero e interior “*stato spirituale*” do magistrado; reclama, igualmente, que seja entendida como um “*stato*” que a coletividade possa objetivamente observar. Esse “*stato*” não pode restar isolado no íntimo do sujeito, mas é necessário conquistar relevância externa, “(...) *apparendo anche alla comunità che deve essere in grado di constatare l’assenza di ogni circostanza che potrebbe escluderne la reale esistenza interiore*”.⁵⁵

O direito ao juiz imparcial está intimamente ligado ao direito à aparência de imparcialidade que é analisada por meio de dados objetivos.

É possível afirmar que sempre existiu um interesse público, como forma de garantir a própria conservação da sociedade, em assegurar a imparcialidade do juiz e o prestígio da função jurisdicional procurando “(...) no sólo la exclusión del juez por ser parcial, sino porque pueda temerse fundadamente que lo sea, evitando toda duda sobre sus pronunciamientos”.⁵⁶

Giuseppe Chiovenda já dizia que a imparcialidade *objetiva* não é aquela que deriva de eventual quebra de relação do juiz com as partes, mas, sim, de sua relação com o objeto do processo, critério que fora referendado pela Sentença do Tribunal Constitucional espanhol n. 32/94.

Concluindo, poder-se-ia afirmar que a finalidade da exigência de imparcialidade *objetiva* seria a de evitar que questões objetivas possam colocar em dúvida a aparência de imparcialidade que deve revestir a atividade jurisdicional; o juiz que atuou como perito ou mesmo que tenha recusado o pedido de arquivamento do inquérito policial feito pelo Ministério Público pode por em risco a imparcialidade objetiva que lhe é exigível, já que nestes casos não existe uma especial vinculação entre o juiz e a parte, que é o núcleo da denominada parcialidade *subjetiva*.

⁵⁵ PAOLOZZI, G., Op. Cit., p. 635.

⁵⁶ VIAGAS BARTOLOMÉ. P. F., Op. Cit., p.3.

1.5 O Campo de aplicação da Imparcialidade.

A exigência da imparcialidade como regra de conduta (dever ser) é própria das autoridades públicas, razão pela qual sua aplicação dissemina-se nas diversas atividades do comportamento humano desenvolvidas no âmbito dos poderes públicos (atividades legislativa, administrativa e judiciária).⁵⁷

Para os fins deste trabalho realizou-se um corte epistemológico, no qual se restringiu a pesquisa da imparcialidade à atividade judicial desenvolvida no processo penal, mas isso não significa que ela não esteja disseminada em todos os setores institucionais.

A análise da imparcialidade no âmbito da atividade judicial teve seu início, prioritariamente, após a Revolução Francesa, momento histórico em que se postulou a figura de um juiz *imparcial*, um juiz que não deveria tender na relação processual a nenhuma das partes, sendo a regra *audi alteram partem* um postulado fundamental de justiça.

A partir deste momento, passou-se a exigir de quem apreciava um determinado comportamento, emitindo um dado juízo de valor, um exercício de atividade humana de forma desinteressada e desapaixonada, colocando-se acima dos interesses particulares trazidos ao processo. O estímulo do juiz deveria residir unicamente no interesse público da resolução da lide segundo os parâmetros da lei.

A imparcialidade apresentou-se desta maneira como característica exclusiva da função jurisdicional e, durante muitos anos, como critério de

⁵⁷ “(...) poder-se-á dizer, secundando ALLEGRETTI, que a estatuição do princípio da imparcialidade é por si só suficiente para impôr à Administração Pública o dever de ser imparcial no exercício da função administrativa, esteja ou não em relação com os particulares, sem que, para assegurar sua plena vigência, sejam necessárias normas infraconstitucionais que o concretizem (...)” (MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p.96).

Ressalte-se que no Direito Português a imparcialidade na administração está expressamente consagrada no Título IX (Administração Pública), Artigo 266º (Princípios fundamentais), item 2 da Constituição portuguesa: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da *imparcialidade*”. (Grifo nosso).

diferenciação entre as outras funções do Estado, principalmente quando comparada com a função administrativa.

A partir do momento em que a imparcialidade passou a corresponder a uma nota característica da atividade jurisdicional, distintiva das demais funções estatais, houve necessidade de se estabelecer mecanismo legais para sua proteção.

No direito português, por exemplo, desde as Ordenações Afonsinas há mecanismos tendentes a proteger a imparcialidade do juiz, seja sob a forma de impedimentos, seja sob a forma de suspeições.

Nas Ordenações Afonsinas, especificamente no Livro III, Título XXX, havia proibição de que o juiz pudesse julgar seus próprios feitos, ou os das pessoas com quem eles viviam ou serviam. Nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Título XXIII, além daquelas proibições já previstas nas Ordenações Afonsinas, os juízes passaram a não poder julgar as causas de parentes até ao 4º grau por direito canônico, ou cunhados. Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título XXIV, preconizava-se que nenhum julgador conhecerá nem julgará em feito, ou coisa, que a ele pertença, ou a cada um dos seus parentes, ou cunhados dentro do quarto grau, enquanto durar o cunhadio conforme o Direito Canônico, nem dos que com ele vivem.⁵⁸

Evidentemente que essa perspectiva da imparcialidade do juiz, como se pode observar desde as Ordenações Afonsinas, é típica de uma tensão dialética constante de um determinado conjunto de circunstâncias histórico-sociais que foram causa do surgimento do Estado-Liberal.

⁵⁸ “A preocupação em assegurar a imparcialidade da administração da justiça transparece também na polémica que se gerou em torno da criação dos Juízes de Fora em substituição dos Juízes Ordinários. Como se sabe, os Juízes Ordinários eram magistrados locais, eleitos pelas povoações respectivas, a quem era confiada a administração local da Justiça e a execução das leis. Mas a proximidade com os interesses locais, fez com que em muitos casos estes juízes fossem acusados de serem parciais, o que terá levado os monarcas portugueses a nomear directamente os funcionários com responsabilidades no domínio da administração da justiça, pois, como refere Marcelo Caetano, ‘os juízes das terras sendo delas naturais tinham sempre na localidade muitos parentes e amigos que os impediam de fazer justiça como convinha’” (MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 24 e 25).

E não poderia ser diferente, uma vez que o direito como fenômeno humano reflete o substrato social que tem por finalidade ordenar, e também representa a tensão dialética existente nas relações sociais e os comandos normativos. O direito, na verdade, seria “(...) uma ordem da sociedade em que concorrem as determinações do ser, do dever ser e do valor”.⁵⁹ É dessa tensão permanente entre o ser e o dever ser que nasce a norma jurídica.

Contudo, a alteração das relações entre o Estado e a sociedade, ou seja, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social Democrático de Direito também reclama uma nova visão da imparcialidade judicial, não mais simplesmente direcionada à “parcialidade negativa” que foi o principal mote da construção do princípio geral da imparcialidade.

Se o Estado Social Democrático de Direito representa não mais uma relação de quase inimizade entre o Estado e o cidadão (tensão existente durante o Estado Liberal), mas sim uma efetiva intimidade, que por si só não deixará de gerar novas tensões, tal fato requer uma posição mais ativa e atuante dos órgãos estatais, como forma de intervenção efetiva na vida econômica e social, como instrumento de realização individual.⁶⁰

Essa nova concepção de Estado, que chama para si a satisfação regular e contínua da maioria das necessidades coletivas de segurança, educação e de saúde, também postula o reconhecimento, por parte das instituições constituídas, das desigualdades sociais. Por isso, alguns o denominam de Estado-Providência, ou seja,

(...)um Estado que se sente na obrigação de derramar sobre os seus membros todos os benefícios do progresso, colocando-se ao serviço de uma sociedade mais justa, especialmente para os mais desfavorecidos.⁶¹

⁵⁹ ASCENSÃO. José Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d., p. 182.

⁶⁰ MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 58.

⁶¹ Idem Ibidem. Loc. Cit.

A nova visão de Estado reclama um Estado que tenha o poder-dever de conformar a ordem social, razão pela qual se fala também em Estado Social.

Esse novo modelo está expressamente consignado na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, incisos I e III.⁶²

O novo modelo brasileiro constituído por um Estado social e democrático de direito, que realiza, como valores superiores de seu ordenamento jurídico, a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo social, cultural e político, é fonte condicionante dos próprios poderes públicos que devem atuar segundo os valores ou pautas de princípios fundamentais, entre eles o da (im)parcialidade.

A constitucionalização dos princípios fundamentais apresenta relevante significado jurídico, conforme prelecionam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

(...) Por um lado, eles assumem *força normativo-constitucional* dada a superação definitiva da idéia de Constituição como simples 'complexo de directivas políticas' e uma vez rejeitada a ideia de que as normas e princípios constitucionais são meramente pragmáticos, sem qualquer vinculatividade imediata. Conseqüentemente, *toda a Constituição é direito*, toda ela é 'lei positiva' e todos os princípios nela consagrados possuem alcance jurídico e compartilham da normatividade própria da Lei fundamental.

Estes princípios possuem, em geral, duas dimensões:

dimensão constitutiva, dado que os princípios, eles mesmos, na sua fundamentalidade, exprimem, indicam e denotam uma compreensão global da ordem constitucional;

-dimensão declarativa, pois estes princípios assumem, noutros casos, o carácter de 'vocábulos designantes' de 'fórmulas sintéticas' utilizadas para designar a 'soma' de outros subprincípios e concretizações normativas constitucionalmente plasmados.⁶³

⁶² "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.73.

O Poder Judiciário como integrante da República Federativa do Brasil também deve participar dessa nova perspectiva. Para tanto, visa-se construir neste trabalho a figura da “parcialidade positiva” do juiz, a fim de que ela se amolde a essa nova visão do Estado brasileiro, onde a preocupação com as vítimas do sistema dominante deveria ser um fator preponderante no desenvolvimento das atividades estatais.

Portanto, este trabalho terá como campo de incidência a análise da imparcialidade no âmbito da atividade judicial desenvolvida no processo penal, tendo como fio condutor a “parcialidade positiva” do juiz como forma de construir uma relação jurídica processual livre, justa, solidária, erradicando-se a pobreza, a marginalização e, principalmente, reduzindo-se as desigualdades sociais, econômicas, culturais que são entraves endo-processual penal e civil.

1.6 O Constitucionalismo Liberal como Marco Histórico Contemporâneo da Imparcialidade e Independência do juiz.

Segundo Diego Zisman Quirós, a base necessária sobre a qual pode erigir-se o princípio da imparcialidade deve-se ao ingresso da “verdade” como critério de julgamento penal.⁶⁴

Michel Foucault afirmara que na sucessão histórica do direito penal, apenas algumas de suas formas foram baseadas na verdade como elemento dirigente da razão, enquanto que outras foram direcionadas pela força ou pela autoridade.⁶⁵

Na Grécia arcaica, por exemplo, a tarefa de resolver o conflito cabia a uma disputa regulamentada, um desafio entre dois guerreiros, em que não havia juiz, nem sentença, nem verdade, nem testemunha para saber quem disse a verdade. Confia-se o encargo de decidir não a quem disse a verdade, mas ao

⁶⁴ QUIRÓS, D. Z., Op. Cit., p. 4.

⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 1996. p. 53 e 54.

vencedor do desafio, da luta. Posteriormente, uma das grandes conquistas da democracia ateniense foi representada pela história do processo “(...) através da qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam”.⁶⁶

Houve na Grécia, portanto, uma grande revolução consubstanciada nas lutas e contestações políticas, que deram origem a uma forma ímpar de descoberta judiciária, jurídica, da verdade.⁶⁷

Contudo, essa evolução grega foi interrompida em alguns momentos históricos, com perceptível retrocesso.

Na idade média, o velho Direito Germânico que regulamentava o litígio entre os indivíduos assemelha-se, de certa forma, ao Direito Grego Arcaico. Os litígios eram regulamentados pelo jogo da prova, sendo a ação penal uma espécie de duelo, de oposição entre indivíduos, família ou grupos:

Trata-se de um procedimento que não permite a intervenção de um terceiro indivíduo que se coloque entre os dois como elemento neutro, procurando a verdade, tentando saber qual dos dois disse a verdade.⁶⁸

Desta maneira desenvolve-se o direito feudal até os Séculos XII e XIII, quando surge a sentença, que consiste na enunciação por um terceiro de que certa pessoa que há dito a verdade tem razão.⁶⁹

A partir do surgimento da sentença e dessa relação entre o juiz e a verdade, inicia-se a reflexão conceitual sobre a essência do princípio da imparcialidade.⁷⁰

⁶⁶ Idem Ibidem. Loc. Cit.

⁶⁷ Idem Ibidem. p. 55.

⁶⁸ Idem Ibidem. p. 55, 56 e 58.

⁶⁹ “De esta manera, junto al ingreso de una ‘voluntad de verdad’ en los juicios, como elemento dirimente de razón se yergue necesariamente el papel de un tercero ‘superior o neutral’ – un juez – y no simplemente un espectador o atestiguador de la regularidad del procedimiento. Se deriva de ello, que este tercero (o terceros) tendrá(n) como cometido (solamente) declarar la verdad de los hechos y la verdad del derecho”. (QUIRÓS, D. Z., Op. Cit., p. 5).

⁷⁰ Idem Ibidem. Loc. Cit.

A sujeição da função de resolver os conflitos à competência de um juiz terceiro e imparcial é sem dúvida uma das maiores conquistas de nossa civilização. Mas, não se trata de uma evolução progressista, senão de uma história de ruptura radical que cabe situar no âmbito continental principalmente durante a passagem dos Séculos XVIII e XIX, isto é, durante o “triumfo” do Iluminismo na Revolução francesa, um marco histórico importante.⁷¹

Cabe ressaltar, contudo, que apesar de sua importância, a nota da *imparcialidade* não foi uma das mais destacadas no final do século XVIII.⁷²

A *independência* do Poder Judiciário resultou num princípio muito mais enfático em diversos documentos constitucionais do período, bem como no contexto da doutrina mais autorizada.⁷³ Na Inglaterra, por exemplo, a *independência* dos juízes já estava expressamente consignada na *Acta de establecimiento* de 1701, permitindo, assim, a supremacia da lei no sistema britânico.⁷⁴

A referência prioritária à *independência* do Poder Judiciário teve por finalidade o gradual e constante assentamento do princípio da *separação dos poderes*, principalmente na Inglaterra, quando ali ainda era muito embrionário o pensamento preconizado por Charles Louis de Secondat (Barão de Montesquieu).⁷⁵

Rafael Jiménez Asensio, ao citar a obra de Willian Blackstone (*Commentaries on the Law of England*) afirma que na Inglaterra se conjuga o

⁷¹ ORTIZ, M. I. V., Op. Cit., p. 41.

⁷² “(...) la referencia expresa a la imparcialidad de los jueces (...) no fuera mencionada ni en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, ni en las primeras constituciones francesas del período posrevolucionario (la del 22 Frimaire an VIII – 13 de dic. 1789-; 3 sept. 1791; 24 de junio de 1793; y 5 Fructidor an III – 22 de agosto de 1795”. (QUIRÓS, D. Z., Op. Cit., p. 10).

⁷³ Isso não significa dizer que mesmo antes do Século XVIII, já se percebia a existência, pouco investigada, de um princípio de “recusa” do juiz de instrução, durante a “antiga legislação”. Menciona-se o artigo 118 da ordenança de maio de 1579. Também havia sido mencionado este direito na ordenança de 1667, em seu título XXIV, artigo 26, onde o juiz poderia ser recusado em matéria criminal, se era parente ou aliado do acusado. (Idem. Ibidem. p. 11).

⁷⁴ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p.27.

⁷⁵ HAYEK, Friedrich August Von. *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial, 1991. p. 231.

princípio da *separação dos poderes* com a idéia de *independência* do poder judiciário:

Nesta precisa e independente existência do poder judiciário, encarnada em um corpo peculiar de homens, nomeados certamente pela coroa, porém não removíveis a seu gosto e prazer, centra-se numa importante conservação da liberdade pública que não pode subsistir por muito tempo em nenhum Estado, a menos que a administração da justiça seja, em certo grau, independente do poder legislativo e do poder executivo.⁷⁶

O espírito do pensamento de Willian Blackstone e do próprio Barão de Montesquieu refletiu sobremaneira no constitucionalismo norte-americano, seja na fase colonial, seja após a Declaração da Independência, resultando no depurado sistema de pesos e contrapesos (*cheks and balances*) entre os Poderes estatais.

A importância da *independência* entre os poderes (funções estatais) foi assim relatada por Alexander Hamilton, em O Federalista, no documento LXXI:

A mesma regra que nos ensina a utilidade de estabelecer uma participação entre os distintos ramos do poder, nos aconselha que esta distribuição deve projetar-se de tal forma que as faça independente entre si (...).⁷⁷

Não obstante o princípio da independência do Poder Judiciário tenha sido realçado com mais ênfase no Século XVIII, Adam Smith, em 1776, afirmara que a liberdade de cada indivíduo e a sensação que tem de sua própria segurança depende da administração *imparcial da justiça*, separada e independente do Poder Executivo.⁷⁸

Em distintos documentos “constitucionais” que foram surgindo a partir de 1776, na América do Norte, postulou-se além da independência do Poder

⁷⁶ “En esta precisa e independiente existencia del poder judicial encarnada en un cuerpo peculiar de hombres, nombrados ciertamente por la corona, pero no amovibles a su gusto y placer, se centra una importante conservación de la libertad pública que no puede subsistir por mucho tiempo en ningún Estado, a menos que la administración de justicia sea, en cierto grado, independiente del poder legislativo y del poder ejecutivo”. (Apud. ASENSIO, R. J., Op. Cit., p.28).

⁷⁷ “La misma regla que nos enseña la utilidad de establecer una participación entre las distintas ramas del poder, nos aconseja que esta distribución debe proyectarse en tal forma que las haga independientes entre sí (...).”(Idem. Ibidem., p. 29).

⁷⁸ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Trad. Luiz João Baraúna. v. II, São Paulo: Nova Cultura, 1985. p. 172.

Judiciário como substrato da liberdade, a *imparcialidade* como garantia de um processo legítimo. O mais categórico ainda é a Declaração de Direitos de Virgínia (1776), anterior à Declaração de Independência, cujo Enunciado VIII estabeleceu:

Que em todos os processo criminais ou de pena capital o acusado tem direito a conhecer a causa e a natureza de sua acusação, a ser confrontado com os acusados e testemunhas, a aduzir testemunhos em seu favor e a um julgamento rápido por um *jurado imparcial* de homens de sua vizinhança, sem cujo unânime consentimento não poderá ser considerado culpado, e não poderá obrigar a ninguém declarar contra si mesmo; nem nenhum homem poderá ser privado de sua liberdade senão de acordo com o direito do país o pelo julgamento de seus pares.

Apesar de o princípio da *imparcialidade* estar presente nas primeiras reflexões sobre o constitucionalismo norte-americano, assim como nos primeiros textos que surgiram com a Declaração de Independência, é importante ressaltar que essa nota característica da jurisdição esteve ausente do texto Constitucional americano de 1787.⁷⁹ Contudo, a essência da imparcialidade “flotaba sin duda en el ambiente de una cultura jurídica norteamericana con evidente influencia inglesa”, o que ensejou sua definitiva incorporação pela Emenda Constitucional VI, de 1791, declarando expressamente que todo acusado nos processos criminais teria direito a um *jurado imparcial*.⁸⁰

A *independência* e a *imparcialidade* do juiz foram, portanto, reconhecidas muito tempo antes nos Estados Unidos da América que no próprio continente europeu, incorporando-se nos demais sistemas constitucionais bem como nos documentos internacionais.

⁷⁹ Em que pese o texto constitucional norte-americano de 1787 não tenha feito qualquer alusão expressa à *imparcialidade*, indiretamente deixou claros sinais da necessidade de sua observância, principalmente pelo teor do artigo III, Seção 1, onde consta que os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, manterão seus cargos enquanto demonstrarem bom comportamento. E não há dúvida de que ser imparcial é sinal exterior de bom comportamento.

⁸⁰ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 32.

1.7 A Imparcialidade como Critério Diretivo Objetivo de Designação dos Juízes

A importância da imparcialidade no sistema norte-americano também foi avaliada pela Convenção de Filadélfia como critério de designação dos juízes para comporem o Poder Judiciário.

Rafael Jiménez Asensio, ao analisar as reflexões do Federalista Alexander Hamilton, advertiu que a *imparcialidade* do juiz deveria ser conjugada com a exigência de profissionalização e permanência como notas distintivas da função de julgar. Segundo Alexander Hamilton:

(...) o governo não tem muito que escolher entre indivíduos capazes, e que o exercício somente temporário do cargo, que naturalmente impediria que tais indivíduos abandonassem o exercício de profissão lucrativa para aceitar um lugar na magistratura, tenderia a fazer passar a ministração da justiça a mãos menos hábeis e menos capazes de conduzi-la útil e dignamente.⁸¹

Alexander Hamilton e James Madison propuseram então a designação dos magistrados pelo Executivo sem prejuízo da participação do Senado, dando-lhes caráter vitalício e estruturando em definitivo a justiça federal americana.

Havia também, por parte dos Federalistas, certa preocupação em relação à outra forma de designação de juízes, denominada eletiva, baseada nos princípios democráticos. É que tal forma de designação dos juízes, em princípio, parecia submeter os magistrados a pressões de natureza política, pondo em risco a imparcialidade e a justiça igualitária. Alguns anos de experiência com juízes eleitos pelo Legislativo em Virginia, haviam conduzido, na opinião de James Madison, ao sacrifício dos “direitos privados” e a exposição dos juízes a todo tipo de corrupção e submissão aos outros Poderes.⁸²

⁸¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Sobre a constituição dos estados unidos*. Trad. Jacy Monteiro. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1964. p. 147 e 148.

⁸² ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 33.

Na verdade, o que se discutia era a opção por um dos três sistemas genéricos de recrutamento de juízes, cada qual com grande influência na questão da *imparcialidade e independência*.

O primeiro, denominado “juiz eletivo”, que se manifesta ainda hoje na eleição direta em alguns estados americanos (não em relação aos juízes federais), foi uma opção recusada pelos constituintes de 1787.⁸³

Muitos questionam a legitimidade do sistema eletivo, afirmando que seu modelo permite a influência partidária na construção da convicção do juiz. Além do mais, “(...) la potenciación de la legitimidad de origen puede suponer la reducción de la legitimidad de ejercicio”.⁸⁴

O segundo modelo, conhecido como “juiz designado”, foi adotado pela Constituição Norte-Americana em relação aos juízes federais. Esse modelo, na opinião de alguns, apresenta sérios riscos à garantia da *independência* e sobretudo à plena efetividade do princípio da “separação dos poderes”; contudo, essa preocupação em relação à independência e à separação de poderes é de certa maneira mitiga:

(...)dada la fuerte tradición liberal de Inglaterra o de Estados Unidos, y dada también la garantía de permanencia en la función, así como por el respeto general que rodea la función judicial y por la fuerte conciencia del papel que distingue a la figura del juez.⁸⁵

⁸³ “O primeiro modelo – o do juiz eleito, responsável politicamente perante o eleitorado – encontra hoje realizações exemplares na eleição direta por sufrágio universal dos ‘juízes estaduais’ dos Estados Unidos. (...). O juiz, diversamente dos órgãos dos Poderes Legislativos e Executivos, não deve representar nem maiorias nem minorias. (...). De resto, a mesma experiência americana acabou abandonando em muitos *estados (states)* o sistema clássico da ‘partisan election’ entre candidatos concorrentes, substituindo-o por sistemas ‘non partisan’ voltados a reduzir a representatividade dos eleitos, moderar a influência de forças políticas sobre eles e a valorizar, ao invés, seus dons de independência e de capacidade profissional”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zome, Fauzi Hassan Choukr, Jurez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.476).

⁸⁴ ASENSIO, R. J., op. cit. p.34.

⁸⁵ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

O terceiro e último modelo refere-se ao “juiz funcionário”. Este modelo de designação adotado por diversos países da Europa continental teve sua origem na França.⁸⁶

Construiu-se com a Revolução francesa a figura do juiz funcionário público. O juiz não tinha qualquer poder e vontade própria, pois apenas se limitava a deduzir juridicamente a aplicação de uma vontade anterior, que corresponderia à vontade da lei.⁸⁷

A Constituição francesa de 1791 era clara e precisa, no sentido de que os tribunais não poderiam interferir no exercício do poder legislativo ou mesmo suspender a execução das leis. A Constituição da França de 22 de agosto de 1795, mostrava-se ainda mais rígida ao afirmar que os juízes não poderiam interferir no exercício do poder legislativo nem redigir regulamento algum.

Na França, o Poder Judiciário se transformara num poder subordinado e dependente do legislador,

(...)cuya máxima expresión de tal vinculación será el instituto del *référé législatif* y la presunción de que el juez es un mero aplicador de la Ley, es decir, *un funcionario público que administra justicia como podía administrar otro sector de actividad del Estado*.⁸⁸

Não obstante a apregoada formalização constitucional de três poderes, formulada por Barão de Montesquieu, na prática somente havia dois que realmente incorporavam as funções nucleares do Estado Liberal. O Judiciário seria meramente orgânico, e sua separação formal explicava-se finalmente no afã de evitar sua dependência ao Executivo.⁸⁹

Na verdade, o que se visualizava nessa perspectiva asséptica do juiz, seria uma certa e justificada desconfiança da Revolução em relação ao Poder

⁸⁶ GUARNIERI, C. *La giustizia in itália*. Bolonia: Il Mulino, 2001. p. 16.

⁸⁷ “(...) por ello los revolucionarios pretendieron eliminar, en su origen, a los jueces profesionales atribuyendo su tarea a delegados del pueblo”.(VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p.41).

⁸⁸ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 35.

⁸⁹ “(...)orgánica, y su separación *formal* se explicaba finalmente en el afán de evitar su dependencia del Ejecutivo.” (Idem. Ibidem. Loc. Cit.).

Judiciário. Na visão dos revolucionários, era necessário “(...) desactivar el potencial que de poder tuviera lo judicial, transformándolo en un mero aplicador mecánico de las normas dictadas por el legislador”.⁹⁰

Como consequência dessas idéias, houve a eliminação dos vocabulários franceses da palavra jurisprudência, decorrente, principalmente, da intervenção de Maximilien Robespierre, na seção de 18 de novembro de 1790, quando enfaticamente exclamou: “A palavra jurisprudência deve apagar-se de nosso idioma. Em um Estado que possui uma Constituição e uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa que a própria lei (...)”.⁹¹

A caótica atividade jurisdicional chegara a tal ponto, que, em eventual obscuridade da lei, sugestiva de uma interpretação duvidosa, reclamava-se o reenvio do texto normativo ao Poder Legislativo, a fim de que este órgão estatal realizasse a interpretação autêntica da lei. Esse mecanismo rotulava o judiciário como um simples braço da administração pública: *la administración de justicia*.⁹²

A função burocrática do juiz parecia conduzi-lo a uma atividade sem qualquer conotação política. Esse modelo fundamentava-se no conceito de *juiz funcionário*, possuidor daquele atributo que Max Weber denominara de *saber especializado*.

Fazendo-se uma comparação entre o sistema francês e o sistema norte-americano, pode-se observar que a distinção entre esses dois modelos está na forma como eles interpretaram o *critério de separação dos poderes* formulado por Barão de Montesquieu. Enquanto os revolucionários franceses adotaram das concepções de Barão de Montesquieu apenas seu aspecto puramente adjetivo (no qual o Poder Judiciário era tido como neutro), os norte-americanos deram preferência aos elementos substantivos do modelo estabelecido.

⁹⁰ Idem. Ibidem. p. 36.

⁹¹ “La palabra jurisprudencia debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que posee una Constitución y una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley misma (...)”. (Apud Idem. Ibidem. p. 37).

⁹² Idem. Ibidem. Loc. Cit.

A divisão dos poderes no modelo europeu era puramente formal, orgânica, enquanto que no norte-americano revelou-se e se tornou material e efetiva.

Portanto, seja qual for o critério a ser adotado para a designação dos juízes, observa-se que, em qualquer um desses modelos haverá aspectos bons e ruins no que diz respeito à questão da independência e imparcialidade do juiz.

1.8 Mudança de Paradigma – A Imparcialidade entre a Modernidade e a Pós-Modernidade

Os direitos fundamentais são frutos de uma visão histórica vinculada ao surgimento do Estado contemporâneo como resultado de uma intenção de evitar o arbítrio dos governantes mediante a afirmação do primado da Constituição (por ser ela a expressão do Justo).

Preconizava-se o governo de leis e não de homens.

A crença racional na autonomia da pessoa humana permitiu a consolidação do direito positivado em substituição ao antigo sistema que estava vinculado a uma perspectiva transcendental ou à pessoa do déspota.⁹³

⁹³ PRADO. G., Op. Cit., p. 12.

A racionalidade do direito substitui as concepções tradicionalistas e religiosas do *ancien regime* (ou baixa modernidade). Esse processo racionalista do direito material e do direito processual (anote-se que o sistema acusatório é produto desta racionalidade) permitiu um grau maior de legitimidade, uma vez que passou a representar a “(...) força socialmente integradora da vontade unida e coincidente de todos os cidadãos livres e iguais”.⁹⁴

Está-se diante de uma mudança de paradigma jurídico-política representada pela racionalidade, pelo humanismo iluminista e pela projeção das liberdades públicas, constituindo-se naquilo que se passou a denominar de *paradigma da modernidade*.⁹⁵

O novo paradigma substitui o anterior que estava em crise, sendo que, atualmente, alguns já preconizam a necessidade de um outro modelo de superação do paradigma da modernidade que também estaria em crise. Fala-se no paradigma da pós-modernidade,⁹⁶ transmodernidade e até mesmo da hipermodernidade.⁹⁷

⁹⁴ “Habermas chama atenção para o fato da positivação do Direito vir acompanhada da expectativa de que o processo democrático de edição das normas jurídicas fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas (Habermas), razão por que, acrescentaria Hannah Arendt (Sobre a Violência, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994, p. 5), sob condições de um governo representativo, supõem-se que o povo domina aqueles que governam (Hannah Arendt) e as instituições políticas petrificam-se e decaem tão logo o poder do povo deixa de sustentá-las”.(Idem. Ibidem. Loc. Cit.).

⁹⁵ “Hegel emprega o conceito de modernidade, antes de tudo, em contextos históricos, como conceito de época: os “novos tempos” são os “tempos modernos”. Isso corresponde ao uso contemporâneo do termo em inglês e francês: por volta de 1800, *modern times* e *temps modernes* designam os três séculos precedentes. A descoberta do ‘Novo Mundo’ assim como o Renascimento e a Reforma, os três grandes acontecimentos por volta de 1500, constituem o limiar histórico entre a época moderna e a medieval”(HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martin Fontes, 2002. p.9).

⁹⁶ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 7.ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

⁹⁷ Na concepção de Gilles Lipovetsky, em entrevista feita à Folha de São Paulo (14 de março de 2004), há apenas a modernidade que se inicia no século XVIII (seus elementos constitutivos – indivíduo, mercado e dinâmica tecnocientífica), concluindo-se nos anos de 1950 ou 1960, quando se inicia a hipermodernidade, sendo que o seu auge ocorre brutalmente nos anos de 1980, em face da implementação da globalização e das novas tecnologias de comunicação. Segundo Lipovetsky, nunca houve a pós-modernidade, mas apenas a modernidade hiper dimensionada. A hipermodernidade reclama maior rapidez, é preciso ser mais jovem que o jovem, estar mais na moda que a própria moda, tudo há de ser hiper, hipermercado, hiperclasse, hipercapitalismo, hiperpotência, hiperterrorismo, hipertexto etc.

Luigi Ferrajoli sustenta que o nascimento do juiz moderno está situado no momento histórico em que se inverte a relação originária entre os velhos juízes ordinários ou delegantes e os velhos juízes delegados ao reivindicar estes últimos a titularidade formal e exclusiva do poder jurisdicional em nome da estabilidade de fato de suas funções.⁹⁸ O juiz moderno, portanto, é resultado da exigência de sua constituição predeterminada por lei, ao contrário do estendido sistema de delegações e avocações existentes no sistema penal da monarquia absoluta.

Ao mesmo tempo em que se exige um órgão jurisdicional cuja competência decorra da norma legal, requer-se, igualmente, sua *imparcialidade*.

O princípio da (im)parcialidade é fruto, portanto, do paradigma da modernidade como ideal do Estado de Direito, como independência do Poder Judiciário, como forma de separação dos poderes, como construção de algum grande relato em prol de um metadiscurso.⁹⁹

Desabrochando-se na modernidade, a (im)parcialidade encontra sua legitimação no campo de eficácia dos direitos fundamentais de primeira geração.¹⁰⁰

⁹⁸ FERRAJOLI, L., Op. Cit., 2002, p.588.

⁹⁹ LYOTARD, J. F., Op. Cit., p. XV.

¹⁰⁰ José Eduardo Faria, com muita propriedade, sustenta que ao longo dos séculos XIX e XX consolidaram-se três gerações de direitos humanos, a saber: “Os relativos à cidadania civil e política, concebidos, reconhecidos e protegidos para um homem abstrato, destacando-se pelo direito às liberdades de locomoção, de pensamento, de religião, de voto, de iniciativa, de propriedade e de disposição da vontade; os relativos à cidadania social e econômica, baseados não mais numa concepção de homem visto como ente genérico, mas encarado na especificidade de sua inserção nas estruturas produtivas, e que se expressam pelos direitos à educação, à saúde, à segurança social e ao bem-estar tanto individual quanto coletivo concedidos a classes trabalhadoras; e, por fim, os relativos à cidadania ‘pós-material’, que se caracterizam pelo direito à qualidade de vida, a um meio ambiente saudável, à tutela dos interesses difusos e ao reconhecimento da diferença, da singularidade e da subjetividade” (FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e Globalização Econômica, notas para uma discussão, in: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 71, jul./set. 1997, p.42),

“Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direito de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 15. ed. Trad.Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p. 6).

A tese formulada neste trabalho enseja nova leitura para a (im)parcialidade do juiz, seguindo as perspectivas da mudança de paradigma da modernidade para o da pós-modernidade, se é que a modernidade já findou.¹⁰¹

A pós-modernidade, questionando os denominados metarrelatos, os grandes heróis, os grandes princípios, os grandes objetivos, inaugurada pela “incredulidade” em relação aos metarrelatos, ou seja, esse tipo de “desencanto” com os grandes discursos realizados no século XIX e explicadores da condição histórica do homem ocidental, nos seus aspectos econômicos, sociais e culturais, justifica uma nova concepção da (im)parcialidade do juiz, voltada para o reconhecimento das diferenças históricas, econômicas, culturais e sociais das partes (ou melhor, pessoas) que compõem a relação jurídica processual penal ou civil.¹⁰²

Essa nova visão pós-moderna reclama a construção da garantia fundamental da *parcialidade positiva* do juiz.

Essa contemporânea leitura da (im)parcialidade representa um deslocamento de sua análise do âmbito dos direitos e garantias de primeira geração para aportar no campo de eficácia dos direitos e garantias de terceira geração, onde, segundo José Eduardo Faria, se dá o efetivo reconhecimento das diferenças, singularidades e subjetividade das pessoas.¹⁰³

Ultrapassando-se o modelo rigidamente individualista do Estado-Liberal, dá-se um passo importante para a concepção social e democrática do

¹⁰¹ Não se pode esquecer a advertência de Habermas: “No entanto, entre os teóricos que não consideram que tenha ocorrido um desacoplamento entre modernidade e racionalidade, a idéia da pós-modernidade apresenta-se sob uma forma política totalmente distinta, isto é, sob a forma *anarquista*. Reclamam igualmente o fim do esclarecimento, ultrapassam o horizonte da tradição da razão, da qual a modernidade européia entendeu outrora fazer parte, fincam o pé na pós-história. Mas, diferente da neoconservadora, a despedida anarquista dirige-se à modernidade *como um todo*”. (HABERMAS, J., Op. Cit., 2002. p.7).

¹⁰² SANTIAGO, Silviano. Pós-fácio. In LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002., p.125.

¹⁰³ “O argumento a ser explorado neste trabalho funda-se na premissa de que somente através de um compromisso ético com a justiça e o reconhecimento de uma infinita responsabilidade para com o outro será possível administrar a contingência e a diferenciação típicas deste final/início de século, sem que o reconhecimento das mesmas implique em negligência ética ou indiferença moral”. (KOZICKI, Katya. *A política na perspectiva da filosofia da diferença*. In Filosofia política contemporânea. (Orgs. Manoel Oliveira, Odílio A. Aguiar e Luiz F. N. A. S. Sahd). Petrópolis: Vozes, 2003. (141-159). p. 143 e 144.

Estado de Direito, e, conseqüentemente, para uma nova concepção do princípio da (im)parcialidade do juiz.

Sobre essa dupla perspectiva do Estado de Direito Democrático, prescreve Paulo Vinicius Soporleder de Souza amparado nas lições de Jorge Figueiredo Dias:

‘(...)compreende-se bem a existência de duas zonas relativamente autônomas na atividade do Estado: uma que visa proteger a esfera de atuação especificamente pessoal (embora não necessariamente ‘individual’) do homem e que em primeira linha se conforma através dos seus direitos fundamentais; outra que visa proteger a sua esfera de atuação social e que se conforma em princípio através dos seus direitos e deveres econômicos, sociais e culturais’. Para o referido autor, isto aponta no sentido de uma dupla maneira de realização do homem na comunidade; uma ‘*realização pessoal* – ‘como este homem’, que acarreta para o Estado a obrigação de proteger diretamente a esfera de atuação própria da pessoa, se autolimitando perante ela; por outro lado, a via de sua *realização social* – ‘como membro da comunidade’, - que vincula o Estado à tarefa positiva de promover a satisfação dos interesses decorrentes dos princípios e objetivos de conformação comunitária’.¹⁰⁴

Concluindo este tópico, pode-se afirmar que a denominada “parcialidade negativa” do juiz é fruto do paradigma da “modernidade”, enquanto que a “parcialidade positiva” do juiz, tese defendida neste trabalho, manifesta-se como perspectiva do paradigma da pós-modernidade ou de uma modernidade consagrada pela racionalidade do outro.

1.9 Os Requisitos Formais Idealistas da Imparcialidade

Surgindo a idéia de imparcialidade como essência da atividade jurisdicional a partir dos ideais da modernidade, o seu suporte ontológico tem por base dois aspectos bem delimitados pela doutrina clássica:

- a) a figura abstrata de um juiz neutro; e

¹⁰⁴ SOUZA, Paulo Vinicius Soporleder. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 12, n. 50, (57-90), set./out. de 2004, p.66 e 67.

b) a afirmação de que o juiz não é parte da relação jurídica processual, pois, se fosse parte, seria “parcial”.

Passa-se à análise de cada um desses aspectos em separado.

1.9.1 A “neutralidade” como característica idealizada por um pensamento jurídico formalista

Na análise de Afrânio Silva Jardim, o princípio da demanda ou da iniciativa das partes, imanente ao sistema acusatório, requer a neutralidade do órgão julgador como indispensável à idealização do processo penal, sob pena de macular toda a atividade jurisdicional.¹⁰⁵

A concepção de um princípio da imparcialidade vinculado à neutralidade do juiz, circunscrita ao âmbito objetivo formal, inclusive no que se refere à persecução probatória, já havia sido assinalada por John Locke, ao preconizar a falta no estado da natureza de um juiz público e imparcial, uma vez que num estado assim, cada um é juiz e executor da lei da natureza. Nesse estado, os homens são parciais para consigo mesmos, e a paixão bem como a vingança pode conduzi-lo à prática de excessos.¹⁰⁶

Os homens no estado de natureza *seriam parciais* por definição, razão pela qual, se algo poderia ser considerado como essência do pacto social seria a possibilidade de se eliminar aquele despotismo que pressupunha a inexistência de juízes como árbitros neutros.¹⁰⁷

¹⁰⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal – de acordo com a constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.59.

¹⁰⁶ “(...) Deus com certeza designou o governo para restringir a parcialidade e a violência dos homens. Admito facilmente que o governo civil é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza (...). (LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo, Livro II. In MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.135).

¹⁰⁷ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p.57.

Esta necessidade de garantir a liberdade dos cidadãos através de uma atividade jurisdicional desenvolvida por um juiz neutro, encontra-se bem definida no pensamento anglo-saxão e, de certa forma, no pensamento europeu continental. Aliás, o próprio Barão de Montesquieu, implicitamente, já fazia menção à necessidade de a decisão do juiz se ajustar ao texto da lei, além de aludir à imprescindibilidade de um terceiro, que não fosse parte, para realizar o julgamento.¹⁰⁸

A nota da *neutralidade* dos juízes é, indubitavelmente, uma característica ímpar do Poder Judiciário no Estado liberal, razão pela qual, na sua ausência, dificilmente se poderia falar de “uma função de julgar”. Na verdade:

(...)no puede haber un juez parcial, simple y llanamente ni sería en verdad un juez ni estaría sustanciando un auténtico proceso, pues los principios de igualdad de armas y de contradicción se verían irremediabilmente negados.¹⁰⁹

Já dizia Cesare Beccaría, que a forma de se combater as injustiças do antigo regime seria através da existência de um juiz como árbitro ou terceiro, o qual não teria a autoridade de interpretar as leis penais, pois não são os juízes legisladores. O legítimo intérprete da lei seria o soberano, efetivo depositário das atuais vontades de todos, e não o juiz cujo ofício é só o de examinar se tal homem praticou ou não uma ação contrária às leis.¹¹⁰

Esta íntima vinculação do juiz à lei reclama, por sua vez, que a *neutralidade* seja a nota essencial da *imparcialidade*.

Não obstante essa interligação entre *neutralidade* e *imparcialidade*, não se pode ter a falsa impressão de que o postulado iluminista da *neutralidade* do juiz, como essência da *imparcialidade*, tenha tido por finalidade a construção de um processo *justo e equânime*.

¹⁰⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Gabriela de Andrade Dias Barbosa. v.1 São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A., 1960. p.97 e 98.

¹⁰⁹ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 59.

¹¹⁰ BECCARÍA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p.41.

O que se pretendeu no passado e que se pretende no pensamento clássico contemporaneamente é que a *neutralidade* como essência da *imparcialidade* represente um mecanismo de se manter a atividade jurisdicional longe e eqüidistante das diferenças econômicas, culturais, sociais das pessoas que atuam na relação jurídica processual, justificando-se tal postura na falsa e ilusória afirmação de que a lei é um instrumento metafísico que tem a capacidade de igualar a tudo e a todos.

Os resquícios da construção teórica da pseudo-independência do Poder Judiciário preconizada pelo liberalismo francês do século XVIII, ainda surtem efeitos no sentido de se configurar a *imparcialidade* do juiz como sendo o resultado de uma postura humana neutra, inerte e eqüidistante das partes, a fim de garantir a lisura e a legitimidade da relação jurídica processual.

A neutralização do juiz foi acompanhada de uma desvinculação progressiva entre o direito e as bases sociais, isto é: “Inicialmente, ela significaria neutralização política, para depois exigir distanciamento ético”.¹¹¹

Na verdade, aludida postura restritiva e delimitativa garante apenas os interesses de algumas tendências nitidamente formalistas, que “[...] são formas do pensamento jurídico, nascidas da necessidade de produzir-se uma legitimação teórica para o modelo napoleônico de direito”.¹¹²

¹¹¹ “(...) a neutralização do Judiciário se apoiará na centralização organizada da legislação (só a lei, votada e aprovada pelos representantes do povo, obriga) e reforçará o lugar privilegiado da lei como fonte do direito. Este reforço ocorre não só pela exaltação do princípio da legalidade e a conseqüente proibição da decisão *contra legem*, mas também pelo ato jurisdicional como um processo de subsunção do fato à norma”. (FERRAZ JR. Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *In Revista USP*, São Paulo, n. 21, jan./jul, (12-21), p. 15).

¹¹² “As teses elaboradas pelas correntes formalistas representam uma afirmação ideológica referida ao fenômeno jurídico global. Pode-se ver, assim, que todas as suas manifestações teóricas constituem uma tentativa de consolidação do compromisso de segurança ideologicamente estabelecido pelo modelo napoleônico de direito. Através da exaltação deste valor busca-se legitimar o exercício do poder socialmente dominante, o qual se apresenta como legítimo guardião da segurança aludida sendo todos os seus atos intrinsecamente justos por serem legais, vale dizer, não arbitrários porque contidos nos marcos das normas gerais. A norma geral adquire, assim, o valor de uma autolimitação apriorística do exercício do poder”. (WARAT, Alberto Luis. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., s/d. p. 47).

O pensamento jurídico formal poderia ser sistematizado segundo os seguintes aspectos:

1º - A única fonte do direito é a lei;

2º - As normas positivas constituem um universo significativo auto-suficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional, soluções para todos os tipos de conflitos normativos;

3º - O ato de interpretação é um ato de conhecimento e não de vontade, uma atividade mecânica através da qual o juiz, mediante a aplicação das regras de cálculo lógico, obtém certas conclusões logicamente deriváveis das premissas normativas. O raciocínio jurídico responde às regras do silogismo demonstrativo;

4º - Os códigos não deixam nenhum arbítrio ao intérprete. Este não faz o direito porque já o encontra realizado;

5º - As determinações metajurídicas não têm valor, devendo-se encontrar todas as soluções dentro do próprio sistema jurídico;

6º - Os conflitos normativos são somente aparentes, devendo o juiz mediante procedimentos lógico-dedutivos superá-los, mostrando-nos em suas soluções a coerência profunda do ordenamento positivo;

7º - A linguagem jurídica é formal e, portanto, precisa; possui um unívoco sentido dispositivo; e

8º - *O juiz é neutro, imparcial.*¹¹³

Percebe-se neste emaranhado de posturas formais e abstratas que o princípio da *imparcialidade do juiz*, concebido para assegurar as conquistas liberais da classe burguesa por ocasião da queda da Bastilha, está imerso no pensamento jurídico formalista.

¹¹³ Idem. Ibidem., p. 50.

Não se nega que naquele momento histórico de transição de paradigmas, a figura de um juiz neutro e eqüidistante das partes era imprescindível para a sedimentação dos direitos fundamentais do homem, bem como para garantir a legitimidade dos valores adotados pela Revolução. Contudo, no limiar do Século XXI, reclama-se uma nova leitura do juiz imparcial, diversa daquela elaborada no segundo quartel do Século XVIII.

Não resta dúvida de que essa imagem arquetipa e empobrecida do juiz, que serviu de amparo e sustentação para os interesses da burguesia, continua sendo um mecanismo de autodefesa do sistema dominante, pois a figura do juiz sem idéias próprias, e totalmente desvinculado dos problemas sociais, econômicos e culturais da sociedade em que se encontra inserido, representa o reflexo da imagem de um sistema corroído pelas desigualdades espúrias.¹¹⁴

O grande desafio do processo penal moderno é compatibilizar o princípio da *imparcialidade* do Juiz com a existência concreta e efetiva de desigualdades sociais, econômicas, culturais das partes que compõem a relação jurídica processual, principalmente a partir do momento em que essas diferenças interferem na concretização, segundo os italianos, de um processo *justo e equo*.

O certo é que o fundamento da imparcialidade judicial consubstanciado apenas numa perspectiva formalista, visando simplesmente uma segurança jurídica, é insuficiente para garantir uma tutela jurisdicional *justa e equânime*.

A função jurisdicional está atravessando, principalmente no Brasil e nos demais países da periferia mundial, uma fase delicada. A jurisdição já não consiste apenas em *dizer o direito*, isto é, não é simplesmente uma função técnica

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário – crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.91.

ou profissional inserida dentro de uma burocracia institucionalizada.¹¹⁵ Como bem assinalou Rafael Jiménez Asensio:

(...) el juez, en esta sociedad de principios del siglo XXI, opera en un entorno mucho más complejo no sólo normativamente, sino social, económico y culturalmente. Una sociedad multicultural, prolija en problemas nuevos y con un sinfín de conflictos emergentes, frente a muchos de los cuales el Derecho no ha encontrado todavía respuesta alguna, y, sin embargo, el juez, en su calidad de tercero imparcial, se ve involucrado en un proceso decisorio del que no puede huir.¹¹⁶

A sociedade complexa e multicultural que se apresenta reclama uma nova visão da (im)parcialidade, distante de uma concepção meramente formalista, que possa, acima de tudo, restabelecer a legitimidade e a confiança exigida dos órgãos jurisdicionais. Essa legitimidade, evidentemente, não se coaduna mais com um comportamento judicial *neutro* sem qualquer conteúdo substancial.

O balanço social da atividade desenvolvida pelo juiz na relação processual é extremamente desalentador e nada positivo. Isso decorre, muitas vezes, pelo fracasso atribuído pelos jurisdicionados aos juizes que permanecem extremamente “apegados a una mentalidad aferrada a un esquema que la realidad indica obsoleto y colisionante con lo que la gente espera le binde el Servicio”.¹¹⁷

A grande questão que se coloca é como se fazer justiça. Tem-se um instrumental técnico que, em certas circunstâncias, confere boas e úteis perspectivas; outras vezes, contudo, o problema não se encontra inserido nas normas, mas, sim, “sino en nosotros”.¹¹⁸

A utilização das técnicas processuais deve-se dar sem se fazer culto ao “amor ao sistema”, às formas, nem se render às interpretações meramente

¹¹⁵ A referência a juízes profissionais não significa uma crítica ou uma opção sobre a melhor forma de prover os cargos da magistratura. Contudo, é importante afirmar que a participação do Ministério Público e dos Advogados na composição dos Tribunais é indispensável, tanto para oxigenar o pensamento do Poder Judiciário, como antídoto contra a clerificação.

¹¹⁶ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 61.

¹¹⁷ MORELLO, Augusto. *El proceso justo*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994. p. 175.

¹¹⁸ Idem Ibidem. Loc. Cit.

conceitualistas. No altar do garantismo formal frustram-se os direitos. A advertência sobre este aspecto, de Francesco Carnelutti, mostra-se sempre moderna:

Purtroppo il processo penale, anzi di sempre meglio, va sempre peggio. Si i giuristi, i quali coltivano questo ramo della scienza del diritto, invece che esibirsi in una dogmatica sempre più rigorosamente ancorata al diritto positivo, volgessero l'attenzione a ciò che avviene nella vita vissuta, frequentando le aule di giustizia a almeno meditando intorno alle cronache giudiziarie, non potrebbero rimaner insensibili a un svolgimento, che è una vera involuzione.¹¹⁹

Evidentemente que “(...)cambiar los hábitos, la forma de pensar y actuar de los hombres de derecho es sabido que no es fácil, sino difficilimo según las comprobaciones que surgen de nuestra historia(...)”¹²⁰ Qualquer proposta de transformação dos hábitos, dos comportamentos, da rotina, do deixar o já provado, ainda que demonstrado sua ineficiência e inaptidão, suscita inicialmente desconfiança e rechaço. Porém, como bem advertia Castellano Villancico no Século XV, “(...)las cosas son como son hasta que dejan de serlo”.¹²¹

Portanto, a construção de um juiz neutro como pilar da sustentação da imparcialidade teve sua importância (mas não sua legitimação) durante a mudança de paradigmas, mas, atualmente, reclama uma nova leitura, a fim de que se amolde à moderna sociedade pluralista e complexa envolvida em lamentáveis desigualdades sociais, culturais e econômicas.

1.9.2 A imparcialidade e a tese da “parte imparcial”

Outro pilar de sustentação da concepção clássica da interpretação da imparcialidade do juiz repousa na afirmação de que o magistrado não seria parte da relação jurídica processual penal, uma vez que a posição de parte é contraposta à característica da imparcialidade.

¹¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. Crisi della giustizia penale. In *Rivista di diritto procesuale*. Padova, Cedam, 1958, I, p.334.

¹²⁰ MORELLO, A., Loc. Cit.

¹²¹ Idem. Ibidem., p.270.

Por muito tempo imperou na doutrina a existência de contradição lógica e de uma impossibilidade prática entre a posição de parte numa dada relação jurídica processual e a exigência de imparcialidade como condição ou regra de conduta.

Para essa concepção, o simples fato de ser parte de uma relação jurídica processual já demonstrava a parcialidade do sujeito.

A parcialidade, por exemplo, da administração pública no processo administrativo, ou mesmo do Ministério Público na persecução penal, era apontada como característica distintiva da imparcialidade própria dos juízes e da função judicial.¹²²

Para Marcello Caetano, analisando o direito português, a imparcialidade é, desta maneira, característica exclusiva da função jurisdicional, pois somente os órgãos jurisdicionais não são parte interessada no conflito que visam resolver, colocando-se numa posição suprapartes. Na verdade, apenas os órgãos jurisdicionais têm o dever de ouvir todos os interessados antes de proferir sua decisão. Somente em relação a esses órgãos faria sentido impor garantias de imparcialidade, tais como os impedimentos e suspeição.¹²³

Contudo, Marcello Caetano não explica o porquê da exigência das garantias de imparcialidade dos juízes (art. 14, n. 1, do Código de Processo Civil português) também em relação ao Ministério Público, órgão encarregado de representar os interesses do Estado (na perspectiva do próprio Marcello Caetano).¹²⁴

Muito cedo a doutrina, principalmente a partir de um estudo direcionado à administração pública, começou a pôr em questão a afirmação de que o simples fato de ser parte já configura sua parcialidade.

¹²² ALLEGRETTI, Umberto. *L'imparzialità amministrativa*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1965. p. 55.

¹²³ Apud MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 113 e 114.

¹²⁴ Idem. Ibidem., p. 114.

Percebeu-se que os interesses defendidos pela Administração Pública não são iguais aos interesses postulados pelos particulares, uma vez que os interesses da administração ou por ela perseguidos são interesses públicos e por natureza objetivos. Assim, não obstante possa a administração ter certa discricionariedade na perseguição de seus interesses, isso não lhe retira a prerrogativa constitucional de ser *imparcial*.

Atualmente, para a generalidade dos autores:

A Administração Pública, apesar de vinculada ao princípio da imparcialidade, ocupa uma posição jurídico-institucional especial, que resulta da natureza pública dos interesses que persegue e da obrigação de agir imparcialmente; em suma, do facto de figurar no procedimento, simultaneamente, como parte e juiz: parte porque 'é um verdadeiro agente empenhado no exercício de um poder de iniciativa na efectiva realização de projectos e interesses próprios'; juiz porque 'há-de designadamente ponderar o valor relativo dos interesses que a sua decisão vai sacrificar, por modo a não discriminar contra algum deles ou privilegiar algum por razões estranhas à lei que os tutela ou ao interesse público que visa satisfazer'.¹²⁵

A doutrina, então, começou a formular a tese de existência de parte "imparcial", principalmente a partir do momento em que passou a sustentar a "imparcialidade" diante da administração pública, com base, inclusive, no próprio texto Constitucional português.¹²⁶

Aliás, a referência a "parte imparcial" não é exclusiva da doutrina administrativista. Pelo que tudo indica, Francesco Carnelutti, em suas lições sobre o processo penal, foi o primeiro autor a utilizar a expressão "parte imparcial" para mencionar a participação do Ministério Público na relação jurídica processual penal.¹²⁷

¹²⁵ Idem. Ibidem., p. 115.

¹²⁶ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

¹²⁷ "(...)El problema de la acusación pública tiene así el aspecto de un juego de palabras, cuya fórmula paradójica es la de la *parte imparcial*(...)".(CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch Y Cía Editores, 1950. p.227.

Aliás, atualmente, segundo Afrânio Silva Jardim, a configuração do Ministério Público como “parte imparcial” é fruto inclusive do próprio princípio do “Promotor Natural”, o qual impede que a acusação seja formulada por órgão estatal sem atribuição expressamente prevista em lei e desprovido, por isso mesmo, da necessária *imparcialidade e independência*.¹²⁸

Em face dessa exigência de imparcialidade do Ministério Público para o exercício do “jus puniendi”, parte da doutrina (Alfredo Vélez Mariconde e Ernes Beling) já fez severas críticas ao instituto da acusação penal privada nos crimes de ação pública, uma vez que a parte privada não estaria revestida da indispensável imparcialidade.¹²⁹

Mas o que efetivamente interessa nesta análise pontual, é que não há qualquer contradição ou paradoxo na afirmação de existência de “parte imparcial”, principalmente porque, em última instância, o conceito de parte jurídica reclama, de certa forma, a noção de imparcialidade.

Na concepção de Umberto Allegretti, todas as partes da relação jurídica processual, em regra, são imparciais, pois não assumem uma posição de interesse que possa beneficiar eventualmente a outra parte que participa da relação jurídica. Para que alguém seja parcial numa determinada relação jurídica processual, essa parcialidade deve ter conotação com a outra parte da relação jurídica, o que não se configura legítimo no processo. Muito embora cada parte processual persiga um fim específico, tal fato, por si só, não lhe retira a característica de ser imparcial. Na verdade, o próprio magistrado também possui ou deveria possuir um fim ou um interesse a ser almejado no processo, no sentido de que sua decisão seja uma decisão *justa e equânime*. Assim:

Il concetto giuridico di parte manifesta un'intima tendenza all'imperativo di imparzialità. La parzialità, nel senso di partigianeria, qualunque siano le inclinazioni pratiche degli uomini ad un comportamento ingiusto, è bandita dal concetto giuridico di parte, perché essa si risolverebbe in quell'esclusivo rinchiudersi della parte nel perseguimento del proprio personale fine, che sarebbe contrario allà natura stessa della parte.

¹²⁸ SILVA JARDIM, A., Op. Cit., p. 430.

¹²⁹ Idem. Ibidem., p. 431.

E questa tendenza giuridica è d'ordine generale, riguarda sia la parte privata, che la processuale, e (comi si è visto) l'amministrativa. Perciò parte imparziale tende ad essere, nel maggior punto di evoluzione degli ordinamenti, ognuna di queste parti. E solo vero che il legame recíproco tra i fini dei vari soggetti, nelle diverse attività e rapporti, è esso stesso assai diverso.¹³⁰

Nessa concepção doutrinária defendida por Umberto Allegretti, não haveria qualquer impedimento de se inserir o juiz como parte da relação jurídica processual penal.

Na verdade, o que se observa é que não existe qualquer incongruência na aproximação da concepção de “parte” ao imperativo de “imparcialidade”, mesmo porque, atualmente, há uma exigência inexorável de ser o Ministério Público imparcial. Aliás, não se concebe a “parcialidade negativa” de uma instituição, a quem a própria Constituição Federal conferiu a honrosa missão de defender o Estado Democrático de Direito.

A questão da exigência de imparcialidade do Ministério Público na persecução do “jus puniendi” é de tamanha importância, que a doutrina já pensou, inclusive, na existência de um processo penal sem partes.

Não foi outra a conclusão de Jorge de Figueiredo Dias: “Tudo quanto fica apontado servirá para convencer que a estrutura fundamental do processo penal português é, tipicamente e em princípio, a de um processo *sem partes*”.¹³¹

Segundo o aludido autor português, O Ministério Público e o réu não têm disponibilidade sobre o objeto do processo, pois o primeiro está adstrito ao princípio da legalidade e o segundo não pode submeter-se indiscriminadamente à pretensão acusatória e, muito menos, evitá-la. Enfim, não obstante tenha o processo penal português uma estrutura acusatória, é um processo *sem partes*.

¹³⁰ ALLEGRETTI, U. Op. Cit., p.61.

¹³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, Ltda., 1974. p. 254.

Na realidade, conforme já teve oportunidade de se manifestar Evaristo de Moraes, não há qualquer antagonismo fundamental entre as funções da defesa e do Ministério Público. Essas funções não são antagônicas, não obstante aparente colisão entre o direito individual e o interesse social. Na verdade, “(...) são funções harmônicas, no sentido de colimarem o mesmo fim – a satisfação da Justiça (...)”.¹³²

Aliás, com base nessa perspectiva de que o processo penal é um processo *sem parte*, já se sugeriu a criação do defensor público encarregado de desempenhar o papel de “Ministério Público de defesa”, paralelo ao Ministério Público de acusação.¹³³

Concluindo, pode-se com segurança afirmar que não mais procede a afirmação de que o juiz é um sujeito imparcial pelo simples fato de não ser parte da relação jurídica processual, pois, contemporaneamente, observa-se existência efetiva e concreta de “parte imparcial”.

1.10 A Natureza Jurídica da Imparcialidade – Princípio, Regra ou Direito Fundamental

Na administração da justiça penal concorre uma diversidade de bens e interesses fundamentais que afetam principalmente os acusados, porém, também, a vítima e a própria sociedade.

No processo penal não se encontram apenas os interesses individuais do réu e da vítima, mas, igualmente, o interesse da própria coletividade

¹³² A expressão dogmática de ‘acusação’ e ‘defesa’ já foi também contestada por Evaristo de Moraes. Segundo ele, “(...) Tempo virá em que as expressões ‘acusação’ e ‘defesa’ deixarão de figurar nos códigos processuais do crime e nos livros doutrinários da especialidade. Reunidas em uma função única as duas funções atuais, embora exercidas por órgãos separados, uma não mais se distanciará da outra na sua finalidade. Desaparecerá de todo a impressão de antagonismo (...). Sobrevirá o tempo em que o representante da sociedade ofendida e o representante do acusado pela ofensa se esforçarão, cada um dispendo de elementos de investigações sinceras e leais, para encontrar a fórmula da boa justiça (...)” (In LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed. 1ª Impressão. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989., Reimpressão 2001, p. 189 e 190).

¹³³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. p.115.

no sentido de que a decisão a ser proferida seja de acordo com os ditames do Estado de Direito Democrático.

E para que a administração da justiça realize sua atividade com legitimidade e validade, deve observar os princípios e regras fundamentais previstos na Constituição Federal, pois o sistema jurídico¹³⁴ do Estado de Direito Democrático brasileiro é um sistema normativo aberto de regras e princípios.¹³⁵

Diante desse sistema aberto de princípios e regras fundamentais, seria oportuno indagar qual a natureza jurídica da *imparcialidade do juiz*.

Preliminarmente, e como parte introdutória deste campo de análise, seria oportuno traçar um marco divisório entre princípio e regra.

Abandona-se, *a priori*, a teoria metodológica tradicional que coloca em campos opostos normas e princípios.¹³⁶

Como ponto de partida, sugere-se que regras e princípios são duas espécies de normas.¹³⁷

Contudo, a distinção entre regras e princípios não é uma tarefa fácil.

¹³⁴ “(...)sempre que nos deparamos com uma verdadeira *ordem jurídica* e que devemos dominá-la mentalmente, a idéia de sistema é irrenunciável (...)”.(FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p.21).

¹³⁵ “Este ponto de partida carece de ‘descodificação’: 1) – é um sistema jurídico porque, (...) é um sistema dinâmico de normas; 2) – é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, (Caliess) traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; 3) – é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; 4) – é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*”.(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedida, 2003. p.1.159).

¹³⁶ “A este fin me parece importante la formulación negativa, aplicable a todos los tipos, de que un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones”. (ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961. p.65).

¹³⁷ ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 83.

José J. G. Canotilho, sobre o tema, apresenta a seguinte sugestão como critério diferenciador:

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto; os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *'Proximidade' da ideia de direito*: os *princípios* são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.¹³⁸

Segundo Ronald Dworkin, a diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica, ou seja, os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da *obrigação jurídica em circunstâncias específicas*, contudo distiguem-se quanto à natureza de orientação que oferecem. As regras aplicam-se à maneira de tudo-ou-nada. Uma vez realizados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesta hipótese o resultado que ela fornece deve ser aceite ou não é válida, e nesta hipótese nada se contribui para a decisão.¹³⁹ Já os princípios são aplicados segundo uma dimensão que as regras não têm, ou seja, a dimensão do peso ou importância.¹⁴⁰

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. G., Op. Cit., 2003, p. 1160 e 1161.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.39.

¹⁴⁰ Idem. Ibidem., p. 43.

A convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é antinômica¹⁴¹: os princípios, ao constituírem *exigência de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses, sendo que as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, uma vez que se uma regra tem validade, deve ser observada exatamente nos seus termos, nem mais nem menos. Os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia), já as regras estabelecem apenas questão de *validade* (se elas não são corretas devem ser modificadas)¹⁴²

Segundo Robert Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são “mandados de otimização”, ou seja, podem ser cumpridos de diferente grau e que a medida de seu cumprimento depende das condições reais e jurídicas. Ao contrário, as *regras* são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela determina, nem mais nem menos. Isto significa que a diferença entre ambos não é de grau, mas qualitativa.¹⁴³

Os princípios, portanto, constituem critérios objetivos de interpretação e aplicação do Direito que impõem ao julgador o dever de sua observância, evitando, desta maneira, que ele lance mão de eventuais concepções meramente subjetivas.¹⁴⁴

Evidentemente que a forma de padrão nem sempre deixa claro se se trata de uma regra ou de um princípio. Para se ter uma idéia, a primeira emenda à

¹⁴¹ “Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas(...)”.

(...)Cuando dos principios entran en colisión (...) un de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”. (ALEXY, R., Op. Cit., p. 88 e 89).

¹⁴² CANOTILHO, J. J. G., Op. Cit., 2003, p. 1.161 e 1.162.

¹⁴³ ALEXY, R., Op. Cit., p. 87.

¹⁴⁴ FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direito – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p.26.

Constituição dos Estados Unidos apresenta uma disposição onde o Congresso não pode cercear a liberdade de expressão. A dúvida é pertinente: será esta uma regra que impede que o Congresso edite uma lei cerceando a liberdade de expressão, sob pena de ser configurada como inconstitucional? Para aqueles que entendem que essa forma de padrão é “absoluta”, sustenta-se que se está diante de uma regra. Contudo, se ela meramente enuncia um princípio, de maneira que, se um cerceamento de liberdade de expressão for descoberto será inconstitucional, a não ser que seu contexto revele a existência de uma outra política ou princípio que apresente força suficiente para autorizar o aludido cerceamento, será considerada um princípio.¹⁴⁵

Seja como for, apenas as regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios atuam de outra maneira; eles conduzem a decisão em uma direção, em que pese de maneira não conclusiva. Além do mais, sobrevivem intactos quando não prevalecem.¹⁴⁶

Palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” desempenham freqüentemente a função de denotação de um princípio, ainda que essas palavras sirvam de direção para uma determinada regra. “Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípio e políticas que extrapolam a [própria] regra.”¹⁴⁷

1.10.1 A imparcialidade como regra jurídica de direito processual

Segundo leciona Maria Isabel Valldecabres Ortiz, ao tratar do ordenamento jurídico espanhol, nem a Constituição espanhola muito menos a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* mencionaram a *imparcialidade* como essência da

¹⁴⁵ DWORKIN, R., op. cit., p. 44.

¹⁴⁶ Idem. Ibidem., p. 57.

¹⁴⁷ Idem. Ibidem., p. 45.

atuação jurisdicional.¹⁴⁸ Aliás, isso é uma tendência no âmbito constitucional da maioria dos países da Europa continental.¹⁴⁹

Em nosso ordenamento jurídico, o artigo 2º da Constituição Federal brasileira somente faz referência ao princípio da independência do Poder Judiciário, nada dizendo sobre a imparcialidade dos magistrados.

Não obstante a ausência de referência expressa da imparcialidade nos dispositivos concernentes aos direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional brasileiro, observar-se que no âmbito processual infraconstitucional há *regra jurídica* obrigando ao juiz abster-se de atuar nas relações jurídicas processuais penais em que for suspeito ou impedido (artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal).

A imparcialidade, portanto, no âmbito processual, é decorrente de uma *regra jurídica*.

Essa *regra jurídica* de natureza processual, ao mesmo tempo em que determina ao juiz que se abstenha de participar de qualquer relação jurídica processual em que seja suspeito ou impedido, confere aos demais sujeitos do processo um direito *ao juiz imparcial*.

¹⁴⁸ ORTIZ, M. I. V., Op. Cit., p. 108.

¹⁴⁹ “En verdad, el constitucionalismo europeo no se ha mostrado receptivo a incorporar la nota de *imparcialidad* como un principio característico de la función de juzgar. Ver, por ejemplo: Título X da Ley Fundamental de Bonn, que hace hincapié en la independencia del juez, pero no en la imparcialidad (art. 97); asimismo, la Constitución de Bélgica (Texto Refundido aprobado en 1994) tampoco lo recoge en sus arts. 144 a 159, dedicados al poder judicial; por su parte, la Constitución francesa de 1958, en sus Títulos VIII y IX también lo omite. La regulación completa que la Constitución griega dedica al poder judicial (Sección E de la Constitución de 1975) tampoco hace hincapié en ese dato. La Constitución portuguesa, también exhaustiva en este campo, resalta en su art. 206 la independencia, pero obvia cualquier referencia a la imparcialidad. Y, por último, la Constitución italiana de 1947 tampoco la acoge en sus arts. 100 y ss”. (ASENSIO, R. J., Op. Cit., p.67).

1.10.2. A imparcialidade como princípio e direito fundamental constitucional

A Constituição Federal brasileira não contempla expressamente a nota de *imparcialidade* como distintiva do Poder Judiciário, muito menos faz qualquer alusão concreta à existência de um *direito fundamental subjetivo ao juiz imparcial* no amplo catálogo dos direitos fundamentais descrito no artigo 5º, da Constituição Federal brasileira.

Contudo, o enunciado previsto no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Esse dispositivo constitucional permite afirmar que ao lado de uma série de *direitos fundamentais exteriorizados como tais*, há outros direitos e garantias *ocultos* ou pelo menos não expressamente *nominados* no artigo 5º, da Constituição Federal.¹⁵⁰

O §2º, do art. 5º, da Constituição Federal, insere no catálogo dos direitos constitucionais, os direitos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo representa a incorporação desses outros direitos fundamentais pelo texto constitucional.¹⁵¹

A importância dos direitos fundamentais previstos em tratados ou convenções internacionais sempre é evidente. A recente Emenda Constitucional n. 45, de 2004, ao introduzir o § 3º, no artigo 5º, da Constituição Federal brasileira, estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por

¹⁵⁰ Rafael Jiménez Asensio, no que concerne ao direito fundamental a um juiz imparcial, reconheceu que se trata de um *derecho oculto*. Com efeito, “(...) o derecho al juez imparcial es un ejemplo de *derecho oculto* (o sí prefiere no recogido expresamente) en el artículo 24 CE (...)” (Idem. Ibidem., p. 135).

¹⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 65.

três quintos dos votos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.¹⁵²

Verifica-se na Constituição portuguesa normatização similar à do § 3º, do artigo 5º, da nossa Constituição, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.¹⁵³

Na América Latina, também a Carta Política argentina e chilena apresentam essa previsão no que se refere aos direitos humanos.¹⁵⁴

Portanto, muito embora não haja referência expressa na Constituição Federal de um princípio ou de um direito fundamental subjetivo à imparcialidade do juiz, pode-se dizer que essa previsão advém da incorporação dos preceitos contidos em Tratados ou Pactos internacionais.

Na Espanha, por exemplo, o Tribunal Constitucional espanhol também justificou a efetiva existência da imparcialidade do juiz, como direito fundamental trazido pelos documentos normativos de caráter internacional em matéria de direitos e liberdades, em especial, a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Convenio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Públicas e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os quais expressamente reconhecem o direito que tem uma pessoa de ser julgada por um *Tribunal imparcial*.¹⁵⁵

O artigo 10, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, aprovada pelo Brasil, estabelece que: “Toda pessoa tem o

¹⁵² “(...)De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente direitos humanos (...).” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. In *Revista de Processo*, n. 87, ano 22, p.166 e 167, (166-174), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, jul./set., 1997).

¹⁵³ COUTO DE BRITO, Aléxis Augusto. Direito penal internacional: direitos humanos, tratados internacionais e o princípio da legalidade. In *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Ano V, n. 27, ago./set. 2004, Curitiba, Editora Síntese (43-51), p.47.

¹⁵⁴ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

¹⁵⁵ “O artigo 6.1, do Convenio Europeu para proteção aos direitos humanos e às liberdades públicas diz que: “Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja ouvida, eqüitativamente, publicamente e dentro de um prazo razoável, por um Tribunal independente e *imparcial*”. (ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 136).

direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e *imparcial* (...)."

Da mesma forma o artigo 14, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil, afirma: "Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, *independente e imparcial* (...)."

O Brasil, como signatário do Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, incorporou no rol de seus direitos constitucionais fundamentais a *imparcialidade* do juiz, conforme lhe autoriza o §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Na Espanha, segundo afirma Joan Pico i Junoy, o Tribunal Constitucional espanhol também reconheceu o direito fundamental a um *juiz imparcial* como essência de um *proceso público e com todas as garantías*.¹⁵⁶

A referência à jurisprudência espanhola tem sua razão de ser, principalmente porque ela demonstra a tendência inicial de se vincular a *imparcialidade do juiz* com o princípio do *juiz natural*. Na realidade, o reconhecimento do direito fundamental a um juiz imparcial pelo Tribunal Constitucional da Espanha, com base no artigo 24.2, da Constituição Espanhola, é fruto de dois grandes momentos históricos distintos: O primeiro situado entre os anos de 1982/1987, em que a jurisprudência constitucional motivou sua aplicação com base no direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei (juízo natural); enquanto que o segundo momento, iniciado a partir de 1987, situou o direito ao juiz imparcial como decorrência do direito a um *proceso com todas as garantías*. Essa segunda perspectiva foi consolidada pela Sentença do Tribunal Constitucional n. 145, de 1988 (RTC 1988, 145), a qual serviu de *leading case* para o tema, *in verbis* :

Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías

¹⁵⁶ PICÒ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 25.

constitucionales que impone la Norma suprema. *Entre ellas figura la prevista en el artículo 24.2 que reconoce a todos el derecho a 'un juicio público...con todas las garantías', garantías en las que debe incluirse , aunque no se cite de forma expresa, el derecho a un Juez, imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el artículo 1.1 de la Constitución. A asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y abstención que figuran en las leyes.*¹⁵⁷

A imparcialidade judicial configura-se, portanto, como um elemento imanente a todo e qualquer processo, sendo que nela radica uma das mais importantes garantias para a prolação de uma tutela jurisdicional *justa e equânime*.¹⁵⁸

O mesmo Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença n. 60, de 17 de março de 1995, destacou a necessidade de um direito a um processo com todas as garantias,

(...) sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado *supra partes* y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de *imparcialidad*.¹⁵⁹

Por isso, ao se mencionar o direito subjetivo fundamental a um juiz imparcial, não se pretende postular a criação de um novo direito fundamental, senão “(...) detectar su existencia más o menos oculto dentro de un derecho fundamental base”.¹⁶⁰

Assim, não se cria um novo direito fundamental, mas o desvenda reflexamente do *direito a um processo com todas as garantias*, ou em decorrência da permissibilidade constitucional para que o ordenamento jurídico incorpore outros direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário.

¹⁵⁷ ASENSIO, R. J. Op. Cit., p. 142.

¹⁵⁸ GOLDSCHMIDT, W., Op. Cit., p. 209.

¹⁵⁹ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 26.

¹⁶⁰ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 137.

Na realidade, não pode haver julgamento justo sem que haja um juiz imparcial, razão pela qual o direito ao juiz imparcial se enquadra, efetivamente, dentro do genérico direito a um *processo público com todas as garantias*.

Há, segundo afirma Elio Fazzalari, um entroncamento entre o juiz natural, o direito das partes à igualdade, o contraditório e a *imparcialidade do juiz*.¹⁶¹

Além de ser um *direito fundamental*, a imparcialidade também representa a força normativa de um *subprincípio* densificador do princípio *estruturante* do Poder Judiciário, isto é, do *Princípio Democrático* que a legitima como *essência da atividade jurisdicional*.

Pode-se afirmar, portanto, que a imparcialidade é a essência do *justo processo penal* que condiciona como e não só quem dita a resolução judicial.

A imparcialidade do juiz é um direito fundamental do acusado e *ao mesmo tempo se configura como um princípio regulador da função jurisdicional*.

Trata-se de “(...) una garantía fundamental de la Administración de Justicia para garantizar la supremacía del Derecho en sus decisiones”.¹⁶²

A imparcialidade apresenta essa dupla característica: direito fundamental e princípio geral constitucional informativo do Poder Judiciário.

É *princípio*, pois é suporte estruturante e fundamental do ordenamento jurídico; é *geral*, uma vez que diz respeito a todo ordenamento jurídico,

¹⁶¹ “Da un lato, c’è il giudice precostituito(...)”.

Dall’altro lato, ci sono il diritto dei destinatari del provvedimento giurisdizionale di partecipare al processo di formazione del medesimo, di svolgere, sul piede di simmetrica parità, innanzi e con quel giudice naturale, un pieno contraddittorio (nella completezza del quale consiste l’attuazione della inviolabilità della difesa); nonché il diritto dei litiganti di conoscere la motivazione del provvedimento (e quindi l’utilizzazione e l’apprezzamento che il giudice abbia fatto dei risultati del processo) e quello d’impugnare.

Questi due piloni (...) sono uniti da una sola gittata: la imparzialità del giudice. Imparzialità, indipendenza del giudice, parità fra i litiganti s’implicano e interagiscono, in moto circolare, ciascuna a servizio delle altre”. (FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. In *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Edizioni Cedam, n. 2, 1972, (p.193-203), p. 199).

¹⁶² ORTIZ, M. I. V., Op. Cit., p.28.

transcendendo preceitos jurídicos particularizados; é de *direito*, porque tem aplicação no mundo jurídico e não é critério ou regra moral ou de bom comportamento, não obstante também nessas esferas de relações humanas deva ser levado em consideração.¹⁶³

Como princípio geral de direito processual penal, o princípio da imparcialidade impõe ao Poder Judiciário cânones informadores de toda sua atividade; por sua vez, como princípio constitucional impõe-se com especial força normativa e vinculante no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁶⁴

É importante salientar que os princípios gerais de direito processual não são estáticos, vez que são influenciados pelas circunstâncias espaços-temporais, pela situação cultural, pela concepção do homem e do mundo. Por isso, os princípios gerais de direito processual costumam evoluir segundo as próprias mutações que possam acontecer no ordenamento jurídico, na medida em que representam verdadeiras convicções ético-jurídicas de uma dada comunidade.¹⁶⁵

Ressalte-se, por fim, que a leitura da *imparcialidade* como princípio estruturante do Poder Judiciário, segundo a perspectiva deste trabalho, deve ser realizada em duas vertentes, isto é, a vertente *negativa*, na qual se reclama um direito a um processo em que se apresente um julgador que não tenha qualquer inclinação para a denominada parcialidade negativa, e a outra vertente de caráter *positivo*, na qual se exige do juiz, diante das barreiras externas existentes (sociológica, cultural, econômica), o reconhecimento no transcurso e no desenvolvimento da relação jurídica processual dessas diferenças.

¹⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramon. *Curso de direito administrativo*. Tradução Arnaldo Setti, São Paulo: RT, 1991, p.83.

¹⁶⁴ MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 90.

¹⁶⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, E.; FERNANDEZ, T. R. Op. Cit., p.84.

1.11 O Princípio da Imparcialidade como Princípio de Caráter Absoluto

A tese desenvolvida neste trabalho, como se asseverou, é pela construção da figura do juiz “positivamente parcial”, a fim de que sejam objeto de análise da atividade jurisdicional as diferenças sociais, culturais e econômicas das pessoas envolvidas na relação jurídica processual.

Contudo, mesmo para aqueles que não pretendam comungar com esse pensamento, há a possibilidade de se permitir o afastamento do princípio da imparcialidade do juiz (sem a distinção entre parcialidade “negativa” e “positiva”), desde que não se adote a clássica concepção de aplicabilidade “absoluta” dos princípios constitucionais.

A doutrina clássica proporcionou a construção da figura da imparcialidade do juiz como sendo um princípio de caráter *absoluto*. Em qualquer circunstância fática ou jurídica apresentada no processo haverá relação absoluta de precedência de um juiz neutro e imparcial diante das circunstâncias culturais, econômicas, sociais das partes envolvidas na relação jurídica processual.

Modernamente, contudo, qualquer afirmação peremptória de caráter “absoluto” dos princípios normativos não se harmoniza com a teoria da ponderação que envolve a colisão de princípios.

A “lei de colisão” impede qualquer afirmação de que a simples observância de um princípio reclama uma exigência de aplicação de caráter absoluto.¹⁶⁶

A denominada “lei de colisão”, fundamento da teoria dos princípios, “(...)Reflete o caráter dos princípios como mandamentos de otimização entre os

¹⁶⁶ A “lei de colisão” dos princípios é formulada de acordo com a seguinte “regra”: “Si el principio *P1*, bajo las circunstancias *C*, precede al principio *P2*: (*P1* **P** *P2*) *C*, y si de *P1* bajo las circunstancias *C* resulta la consecuencia *R*, entonces vale una regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica: *C* – *R*.”. (ALEXY, R., Op. Cit., p. 94).

quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, em segundo, referem-se a ações e situações que não são quantificáveis (...).¹⁶⁷

Portanto, de acordo com a lei de ponderação, a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um determinado princípio depende do grau de importância de satisfação do outro princípio. O peso dos princípios não se determina por si mesmo ou absolutamente, mas apenas relativamente. Dependendo das circunstâncias condicionantes precedentes, pode-se optar pela aplicação de outro princípio que não o da *imparcialidade do juiz*.

Nenhum princípio ou direito fundamental constitucional apresenta caráter absoluto, nem mesmo a vida ou a dignidade da pessoa humana.¹⁶⁸

Reconhecendo-se a relativização da aplicabilidade dos princípios *jusfundamentais*, pode-se afirmar que, numa visão pós-moderna (ou hipermoderna), seria possível, num determinado caso específico, perceber a existência de colisão entre o princípio da imparcialidade e o princípio da igualdade quando houvesse concretas e graves diferenças sociais, econômicas ou culturais das pessoas envolvidas na relação jurídica processual, e essa desigualdade materialmente empírica pudesse macular o contraditório e a ampla defesa.¹⁶⁹ Haveria neste caso um princípio recomendando a neutralidade do juiz (imparcialidade na sua concepção

¹⁶⁷ “Refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables(...)”(Idem. Ibidem. p. 95).

¹⁶⁸ “(...) tiene precedencia el principio de la protección del Estado frente al de la dignidad de la persona, por lo que respecta a la exclusión de la vía judicial en medidas de escuchas(...)” (Idem. Ibidem. p. 108).

¹⁶⁹ “Inicialmente, acho que não existe perfeita coincidência entre isonomia e o contraditório. A igualdade das partes, pela qual o juiz vela no processo, está no art 125 do Código; a igualdade se projeta não só em nível de princípio do contraditório. A igualdade está presente em tudo que se refere aos poderes, aos deveres, digamos direitos das partes no processo: igualdade de prazos para recorrer; igualdade de oportunidades em geral no processo.

O contraditório, por sua vez, nem sempre está ligado à idéia de igualdade. Se considerarmos, por exemplo, que o poder de recorrer é uma expressão do contraditório e que a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazos maiores do que as outras partes, isso poderia significar que a igualdade está violada e, no entanto, há o princípio do contraditório. É do princípio do contraditório que decorre o poder que ambas as partes têm de chegar ao segundo grau de jurisdição.

Não há inteira coincidência entre igualdade e contraditório. São conceitos diferentes. Embora se encontrem politicamente, são conceitualmente diferentes”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p.91 e 92).

clássica) e outro postulando um ativismo judicial que pudesse dar tratamento desigual para aqueles que são contingencialmente desiguais (igualdade material).

Segundo o princípio da igualdade formal e jurídica, todas as pessoas são iguais perante a lei, mas não são iguais perante as condições sociais, culturais, econômicas, psicológicas etc.

Evidentemente que o princípio da igualdade não pode igualar as pessoas em todas as propriedades naturais e nem em todas as situações fáticas em que se encontram. Por outro lado, esse princípio reclama, em todas as esferas de constituição e aplicação do direito, que sejam percebidas essas diferenças.¹⁷⁰

Deparando-se com essas circunstâncias, é necessário indagar como se deve agir para encontrar um meio termo entre esses dois extremos (imparcialidade e desigualdade empírica). “Uma chave, em relação a isso, oferece a fórmula clássica: ‘Há que tratar igualmente ao igual e desigualmente ao desigual’”.¹⁷¹

Embora eventual falta de igualdade entre os sujeitos da relação jurídica processual penal não cause formalmente mácula à garantia do contraditório, contraditório materialmente não há quando uma das partes atuar no processo precariamente, como é o caso de insuficiência de meios materiais do réu para providenciar profissional capaz tecnicamente de impugnar a acusação formulada.¹⁷²

¹⁷⁰ “Saber quando há um *tratamento justo* de igualdade ou desigualdade não é tarefa fácil. Como ponto de apoio metódico sugere-se o seguinte esquema: 1) quais as *situações de facto* que são objecto de comparação, pois, se o princípio da igualdade é, por definição, um princípio relacional, e a norma jurídica comporta sempre um âmbito ou sector ‘real’ ou ‘fáctico’, então importa sempre determinar quais os ‘candidatos’ (objectos, pessoas, situações) que se consideram iguais ou desiguais; 2) quais os *critérios ou medidas materiais* com base nos quais avaliamos se determinados ‘pressupostos de facto’ devem ser tratados de forma ‘essencialmente igual’ ou ‘essencialmente desigual’? (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996 p. 569 e 570).

¹⁷¹ “Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”. (ALEXY, R., Op. Cit., p. 385).

¹⁷² “Não se trata, neste ponto, de falta de paridade entre as partes, mas de desigualdade material entre os homens, que causa aos menos favorecidos economicamente dificuldade de participar do processo de maneira efetiva.

Há, porém, um aspecto a considerar. Se por um lado o contraditório não precisa da igualdade entre as partes para existir, por outro ele restaura a igualdade entre os interesses conflitantes perante e para o juiz. O contraditório controla a inquisitividade do juiz e contribui para a imparcialidade. Nesse sentido, embora o contraditório possa acontecer independentemente da igualdade, seu exercício eficaz produz, de forma diversa de paridade de armas, o equilíbrio entre os sujeitos processuais (...). (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.97).

Conforme já tivera oportunidade de decidir o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o tratamento desigual não pode ser aplicado de forma arbitrária, o que se evidenciaria: “(...) quando para a diferenciação legal não é possível encontrar (...) uma *razão razoável* que surja da natureza das coisas, ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível”.¹⁷³

A qualificação dessa *razão razoável*, a fim de que não se ingresse no campo da arbitrariedade ou do subjetivismo, segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, pode ser configurada de diversas maneiras. Em determinadas circunstâncias, afirma o Tribunal que a falta de objetividade não pode ser “evidente”; em outras passagens, diz que a *razão razoável* faz com que a diferenciação esteja perfeitamente “justificada”. Na verdade, todas essas passagens conduzem a um só pensamento de que a aplicação da *razão razoável* se dá segundo uma consideração orientada para a idéia de justiça.¹⁷⁴

Observando-se a existência concreta e incontestável de desigualdade fática (social, econômica, cultural etc) entre as pessoas da relação jurídica processual penal, afetando notoriamente o *acesso à justiça*, deve-se ponderar a forma de aplicação do princípio da imparcialidade. Em prol desse objetivo, constitui-se uma *razão razoável* a inclinação por um efetivo reconhecimento das diferenças empíricas, a fim de que o procedimento jurisdicional seja desenvolvido respeitando-se materialmente os princípios e regras *jusfundamentais*.

Em termos gerais, por igualdade entende-se igualdade em sentido formal e, principalmente, igualdade em *sentido material*.¹⁷⁵

Em que pese haja dificuldade em se estabelecer um critério de “justiça” material em relação ao resultado prestado no exercício da atividade

¹⁷³ “(...)cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar (...) una *razón razonable*, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible”. (ALEXY, R., Op. Cit., p. 395).

¹⁷⁴ “De todo esto se infiere que tiene que haber una *razón suficiente* para las justificaciones, que las justifique y que la cualificación e la razón como suficiente es un *problema de valoración*”.(Idem. Ibidem. Loc. Cit.).

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 381.

jurisdicional, não há dúvida de que um processo desenvolvido através de um procedimento adequadamente amparado no contraditório e na efetiva ampla defesa é um indicador extremamente importante de que a decisão observou os parâmetros necessários à participação de todos aqueles que de certa forma serão atingidos pela prestação jurisdicional.¹⁷⁶

O processo penal moderno reclama o reconhecimento material da desigualdade real, principalmente quando a questão diz respeito ao *acesso à justiça*. Disso decorre que não se pode pensar no Direito Processual Penal apenas sob o ângulo da igualdade formal.¹⁷⁷

A partir da Constituição Federal de 1988, e seu rol de princípios fundamentais, entre eles o da igualdade social, não se concebe mais um Direito Processual Penal que continue a reclamar uma característica de neutralidade da jurisdição, uma vez que a igualdade política e a igualdade material interferem substancialmente na igualdade jurídica. “Na medida em que há menos igualdade material, e na medida em que há menos igualdade política, há também igualdade jurídica diminuída”.¹⁷⁸

José J. Gomes Canotilho reconhece expressamente que a igualdade social e não apenas jurídica é mandamento de uma Constituição que apresenta natureza dirigente.¹⁷⁹

Disso tudo resulta que o *princípio da imparcialidade* pode ser aplicado em diferentes graus. O que sob determinadas condições, com alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, não significa nenhum caráter *absoluto* do princípio da imparcialidade, mas, sim, que não existem razões jurídico-constitucionais essenciais que possam fazer prevalecer a aplicação de outros

¹⁷⁶ “Por lo tanto, en este sentido material, ‘constitucionalidad’ es justicia en su significación normativa para la administración de justicia”. (SCHMIDT, E., Op. Cit., p. 308).

¹⁷⁷ “(...)Essa é, na verdade, a pedra de toque do Direito Processual Penal: descobrir como alcançar a igualdade, diante de desigualdades políticas e materiais que, a todo tempo, despertam e fustigam a jurisdição penal”. (COSTA, P. B. F. M., Op. Cit., p. 17 e 19).

¹⁷⁸ Idem. Ibidem., p. 18 e 19.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J. J. G., Op. Cit., 1994, p.383.

princípios. Porém, essa tese, em certas condições, vale igualmente para os outros princípios.

Por isso, a norma da imparcialidade não é um princípio absoluto.

Para se sopesar a aplicação do princípio da imparcialidade ou da igualdade há que se lançar mão da *máxima da proporcionalidade*, pois, entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe evidente conexão.

A afirmação de que o caráter principiológico implica a máxima da proporcionalidade significa dizer que a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da *adequação*, *necessidade* (postulado do meio mais benigno) e da *proporcionalidade em sentido estrito* (o postulado da ponderação propriamente dito) infere-se, logicamente, do próprio caráter do princípio e é deduzível dele.¹⁸⁰

A aplicação dos princípios constitucionais, que será maior quanto mais alta for a hierarquia dos interesses tutelados, sempre há de ser analisada segundo critérios de ponderação, representados pela proporcionalidade e razoabilidade, entendendo-se razoabilidade como bom senso, senso comum, equilíbrio, ponderação, ou simplesmente como qualidade daquilo que atende à razão.

Contudo, independentemente dessa ponderação de princípios, o fato é que a “parcialidade positiva” a ser sustentada neste trabalho não reclama, na verdade, uma colisão de princípios entre *imparcialidade e igualdade*. Ela não exige uma colisão de princípios para que possa se tornar sustentável, pois, em última análise, o princípio da imparcialidade permite uma dupla perspectiva, ou seja, se por um lado o princípio da imparcialidade exige a atuação de um juiz sem qualquer vinculação ou interesse pessoal em favor de umas das partes, ou que possa realizar qualquer discriminação entre elas, por outro lado reconhece a necessidade de o

¹⁸⁰ “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada ‘principio de proporcionalidad’. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas” (ALEXY, R., Op. Cit., p. 112).

órgão jurisdicional levar em consideração as diferenças sociais, culturais e econômicas daqueles que se encontravam envolvidos na relação jurídica processual, desde que essas diferenças possam de alguma maneira afetar o contraditório e a ampla defesa, bem como o próprio interesse da sociedade no resguardo da observância das normas legais, a fim de que não se ponha em risco a própria estabilidade do Estado de Direito Democrático.

Em síntese, não há colisão entre o princípio da imparcialidade e o princípio da igualdade, mas, sim, uma efetiva relação de coordenação entre esses dois postulados *jusfundamentais* previstos na Constituição Federal, bastando, para isso, fazer-se a diferenciação entre *parcialidade negativa* e *parcialidade positiva*.

1.12 Diferenciação entre o Princípio da Imparcialidade e os demais Princípios Constitucionais Correspondente

Uma vez configurada a natureza jurídica da imparcialidade do juiz, sob determinado aspecto, como princípio *jusfundamental*, não se poderia deixar de realizar um quadro comparativo entre o princípio da imparcialidade e os demais princípios previstos na Constituição, que, de certa forma, apresentam com a imparcialidade alguma interligação.

A necessidade dessa sintética comparação tem por objetivo evitar o equívoco constante da doutrina em configurar o princípio da imparcialidade como mero reflexo de outros princípios, entre eles, o princípio do juiz natural e o princípio da independência dos órgãos jurisdicionais.

É importante salientar, contudo, que esta comparação não tem por fim realizar uma análise detalhada de cada princípio, mas, de certa forma, estabelecer na medida do possível alguns critérios distintivos entre o princípio da imparcialidade e os demais princípios.

Apesar de o objetivo ser a distinção entre os princípios, deve-se levar em consideração que há um traço comum entre eles: todos são princípios constitucionais justificadores da atividade jurisdicional do Poder Judiciário.

1.12.1 O princípio da imparcialidade e o princípio da legalidade

Com o surgimento do Estado de Direito, postulou-se a separação dos poderes, realçando que o legislativo, o executivo e o judiciário, assim como os cidadãos de uma maneira geral, estavam vinculados aos conteúdos de condutas estabelecidos pela *reserva legal*.¹⁸¹

Nesse aspecto, o artigo 29.2., da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que toda pessoa, no exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdade, estará sujeita somente às limitações estabelecidas pela lei com o único fim de assegurar o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar em uma sociedade democrática.

Da mesma forma, o artigo 5º, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, afirmou que a lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.¹⁸²

A Constituição Federal brasileira adotou o princípio da legalidade ao estabelecer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 5º, inc. II).

¹⁸¹ O direito penal sobre as influências do princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

¹⁸² VARGAS, José Cirilo. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.75.

A atividade jurisdicional com base nessa visão teria que se conformar à Constituição, aos tratados internacionais, às leis formais, aos regulamentos, aos atos administrativos etc. Na verdade, não há lugar num Estado de Direito para um Judiciário “justiceiro”, pois todos os cidadãos e as instituições públicas de uma maneira geral estão sob o império da lei.¹⁸³

O Direito, como conteúdo legal, passou a ser um limite para o exercício da atividade jurisdicional, opondo-se a qualquer forma ou tendência de exacerbação personalista dos agentes público, isto é, opondo-se a qualquer forma de autoritarismo.¹⁸⁴

O princípio da legalidade também representou uma garantia de que o Poder Judiciário iria se submeter ao princípio da separação dos poderes, pois se a atividade jurisdicional fosse exercida de forma contrária à lei ou para além da lei, haveria, segundo o pensamento clássico, mácula ao princípio da separação dos poderes.

Na linha de pensamento de José J. Gomes Canotilho, com base no artigo 206º, da Constituição da República Portuguesa de 1976, os tribunais estão sujeitos à lei, devendo, por isso, considerar a lei como primeira mediação metódica do “justo” constitucional.¹⁸⁵

Com base nesses aspectos, cumpre analisar como se processam as relações entre o princípio da imparcialidade e o princípio da legalidade em sentido próprio ou sem sentido restrito, de conformidade com a lei formal.¹⁸⁶

A imparcialidade pressupõe e implica o princípio da legalidade.

Apesar de a imparcialidade retirar da lei parte de seu fundamento, e a lei ser instrumento e garantia da imparcialidade, constituindo a legalidade uma

¹⁸³ Idem. Ibidem., p. 76.

¹⁸⁴ Idem. Ibidem., p. 77.

¹⁸⁵ CANOTILHO, J. J. G., Op. Cit., 1996. p. 587.

¹⁸⁶ MELO RIBEIRO, M. T., op., cit., p. 201 e 202.

importante projeção da imparcialidade e sua concretização necessária, a imparcialidade apresenta uma perspectiva autônoma da legalidade, por instituir novos parâmetros de conduta no âmbito da atividade jurisdicional ao exigir a ponderação de todos os interesses juridicamente protegidos.¹⁸⁷

No âmbito deste trabalho, pode-se dizer que a vertente *positiva* da imparcialidade permite que o juiz, durante o desenvolvimento da relação jurídica processual, possa levar em consideração os aspectos sociológicos, econômicos e culturais das partes envolvidas na relação jurídica processual, ampliando desta maneira sua atividade para além dos limites da legalidade estrita ou formal.

Somente sob a concepção de um juiz neutro é que se poderia afirmar que a imparcialidade não passaria de um simples instrumento de aplicação do princípio da legalidade.

Contudo, como a neutralidade não passa de um “mito”, pode-se dizer que a imparcialidade representa algo mais que um simples instrumento de aplicação da lei formal, podendo ser caracterizada como instrumento de realização da “justiça” procedimentalizada através de um processo, segundo os italianos, *justo e equo*.

Na visão de Maria Teresa Melo Ribeiro:

(...)a imparcialidade protege e representa, assim, valores que estão para além da mera legalidade formal; a imparcialidade tem um conteúdo e um âmbito de aplicação que excedem em larga medida o da legalidade estrita.¹⁸⁸

Numa síntese conclusiva, poder-se-ia afirmar que a imparcialidade amplia e aprofunda o princípio da legalidade.

¹⁸⁷ Idem. Ibidem., p. 203.

¹⁸⁸ Idem. Ibidem., p. 203 e 204.

1.12.2. Princípio da imparcialidade e princípio da igualdade

Ao se analisar o princípio da imparcialidade como princípio de caráter “absoluto” (item 1.11), estabeleceu-se uma correlação entre o princípio da imparcialidade e o princípio da igualdade sem que se fizesse qualquer distinção conclusiva entre estes dois princípios.

Na realidade, a distinção entre eles se mostra de certa forma complexa, pois grande parte da doutrina vê a imparcialidade como mero instrumento ou corolário do princípio da igualdade.

Registre-se, inicialmente, que a igualdade não recebe tratamento uniforme nas correntes do pensamento humano. Os adeptos do Estado liberal valorizam muito mais a liberdade que a igualdade. Já nas concepções sociais, a igualdade é o ponto fundamental. Na verdade, não existe igualdade sem liberdade, assim como não existe liberdade sem igualdade.¹⁸⁹

A igualdade perante a lei tem seu marco inicial a partir da Revolução Francesa.¹⁹⁰ No período anterior, a sociedade, principalmente na França, organizava-se através da noção de classes e ordens (nobreza, clero e o Terceiro Estado), sendo que o antigo regime desconhecia a noção de igualdade.

Nessa perspectiva, anota Karl Larenz que:

A exigência de justiça igualitária significa que o comportamento de todos deve ser julgado com as mesmas regras e tem que haver para todos o mesmo *rasero*. Por detrás disso está a idéia de que todos os homens são 'iguais perante a lei' e que ninguém pode reclamar nenhum privilégio.¹⁹¹

¹⁸⁹ COSTA, P. B. F. M., Op. Cit., p. 16.

¹⁹⁰ A bem da verdade, conforme afirmara Hobbes, a lei não é fator de igualização, mas de discriminação, uma vez que a igualdade entre os homens é natural, enquanto que a desigualdade para ser legítima precisa ser constituída através da lei.

¹⁹¹ “La exigencia de la justicia igualitaria significa que el comportamiento de todos debe ser juzgado con las mismas reglas y que tiene que haber para todos el mismo *rasero*. Tras ello está la idea de que todos los hombres son ‘iguales ante la ley’ y que ninguno puede reclamar ningún privilegio”. (LARENZ, Karl. *Derecho justo* – fundamentos de etica jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1993. p.49).

O princípio da igualdade, em sua vertente jurídica, regula o comportamento do legislador, do intérprete e do aplicador do direito, nos mesmos moldes que atua o princípio da imparcialidade. Em face dessa particularidade de ambos os princípios, alguns não percebem qualquer distinção entre eles.

A autora portuguesa Maria Teresa de Melo Ribeiro menciona alguns autores que procuram identificar o princípio da igualdade com o princípio da imparcialidade. Umberto Allegretti e Sabino Cassese caracterizam a imparcialidade como instrumento de aplicação igualitária da lei, ou, em outras palavras, diluem no princípio da igualdade parte significativa da essência da imparcialidade. Para Paolo Barile, o princípio da imparcialidade é um mero corolário do princípio da igualdade, definindo-o como o dever de tratar de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é diferente. Outros consideram o princípio da imparcialidade como a transposição lógica e necessária do princípio mais geral da igualdade.¹⁹²

Contudo, em que pese a conexão existente entre o princípio da igualdade e o princípio da imparcialidade, não se justifica qualquer tentativa doutrinária de inserir ambos os princípios numa idêntica constituição ontológica.¹⁹³

Segundo Augusto Cerri, o motivo pelo qual o princípio da imparcialidade não se confunde com o da igualdade, está no fato de que o princípio da igualdade observa apenas à lei, e tem como destinatário único o legislador, ao contrário do que acontece com o princípio da imparcialidade.¹⁹⁴

Maria Teresa de Melo Ribeiro, criticando, com razão, a posição de Augusto Cerri, não concorda com a perspectiva reducionista deste autor, uma vez que tanto o princípio da igualdade como o da imparcialidade vincula todas as

¹⁹² MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit. Loc. Cit..

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 925.

No mesmo sentido: CERRI, Augusto. *Imparzialità ed indirizzo político nella publica amministrazione*. Pádua: CEDAM, 1973. p.157;

¹⁹⁴ CERRI, A.. Ibidem. Loc. Cit.

funções públicas e, nesse aspecto, apresenta como destinatários o legislador, o administrador e os órgãos jurisdicionais.¹⁹⁵

Conseqüentemente, a distinção formulada por Augusto Cerri não se mostra sustentável.

A demonstração da autonomia do princípio da imparcialidade em relação ao princípio da igualdade obrigatoriamente reclama, preliminarmente, uma tarefa em que se possa precisar o alcance e delimitação do campo de atuação do princípio da igualdade.

O conceito de igualdade pressupõe muito mais do que um objeto e um sujeito, na medida em que é um conceito comparativo.

Segundo João Martins Claro, a igualdade consiste numa relação entre dois objetos, situações ou pessoas relativamente a uma *tertium comparationis*. O juízo de igualdade, justamente porque não corresponde a um juízo de identidade, traduz-se numa valoração comparativa de coisas diferentes, assim implicitamente convocando um imprescindível *tertium comparationis*.¹⁹⁶

O princípio da igualdade, pode apresentar três características importantes:

- a) proibição de arbítrio;
- b) proibições de discriminações (proibições de diferenciações injustificadas, desrazoáveis, desproporcionais;
- c) obrigação de diferenciação (tratamento igual para situações iguais, e tratamento desigual para situações desiguais), sugere uma idéia de relativização, ou seja, igualdade implica uma relação em que se deve sopesar, ponderar, num quadro estabelecido por uma pluralidade de objetos.¹⁹⁷

¹⁹⁵ MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 207.

¹⁹⁶ Apud Idem. Ibidem., p. 214.

¹⁹⁷ Idem. Ibidem., p. 209.

Delineado sinteticamente esse parâmetro de atuação do princípio da igualdade, há possibilidade de se tentar realizar um critério distintivo entre ambos os princípios.

Para tanto, deve-se valer do trabalho realizado por Maria Teresa de Melo Ribeiro, assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Segundo ela, o princípio da imparcialidade exige a persecução objetiva do interesse público, impondo aos órgãos jurisdicionais o dever de agir segundo parâmetros objetivos, lógico-rationais e estritamente jurídicos. Com base nesses critérios, procura-se afastar qualquer subjetividade da atividade jurisdicional, impedindo que as decisões sejam arbitrárias. Evidentemente que sob esse prisma há uma intersecção do princípio da imparcialidade com o princípio da igualdade, pois o princípio da igualdade também reclama a proibição do arbítrio da atividade dos poderes públicos e a proibição das discriminações ou tratamento discriminatório injustificados.¹⁹⁸

Contudo, mesmo havendo uma zona de intersecção entre os dois princípios, não se afigura correto identificá-los, vez que são diversos os seus fundamentos.

Na verdade, o princípio da imparcialidade seria, na sua essência, uma norma de ação, enquanto que o princípio da igualdade seria uma norma de relação¹⁹⁹; o princípio da imparcialidade, “prima facie”, procura garantir o interesse público, enquanto que o princípio da igualdade visa garantir os direitos e interesses dos particulares.²⁰⁰

O princípio da imparcialidade e o princípio da igualdade distinguem-se ainda quanto ao conteúdo e respectivo âmbito de aplicação. Enquanto o princípio da imparcialidade exige simultaneamente e para além da objetividade na persecução do interesse público, exclusividade, isenção, independência e

¹⁹⁸ Idem. Ibidem., p. 210 e 211.

¹⁹⁹ “(...) a igualdade é, e sempre será, relação. Isso porque, abandonada a concepção da igualdade como relação, não haverá igualdade. Ter-se-á representação vazia, conceito do qual se terá retirado a característica essencial”.(COSTA, P. B. F. M., Op. Cit., p. 24).

²⁰⁰ MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 211 e 212.

transparência do Poder Judiciário, o princípio da igualdade contém em si, para além da mera igualdade formal, uma verdadeira exigência de igualdade material ou substancial.²⁰¹

Na mesma linha de pensamento é a posição de Jorge Miranda, ao tratar da diferenciação do princípio da igualdade e da imparcialidade no âmbito administrativo português.²⁰²

Ao contrário da imparcialidade, a igualdade representa, conforme já se afirmou, um conceito comparativo, o qual pressupõe uma pluralidade de objetos, pessoas ou situações, exigindo-se sempre um critério de diferenciação, um *tertium comparationis* ou juízo comum de igualdade. Já o princípio da imparcialidade, visando a um determinado interesse público no exercício da atividade jurisdicional, considera-se essencialmente como norma de ação e não de relação.²⁰³

1.12.3 Princípio da imparcialidade e o princípio da proporcionalidade

Inicialmente, deve-se ressaltar que há controvérsias quanto ser a “proporcionalidade” um princípio normativo.

²⁰¹ Idem. Ibidem., p. 212 e 213.

²⁰² “Com o princípio da igualdade incidente assim sobre a actividade administrativa não se confunde o princípio da imparcialidade da Administração (arts. 266º, nº.2., do novo, e 39º, nº.1, e 116º, nº.3), se bem que estejam muito próximos.

A igualdade contende com os destinatários dos actos da Administração, a imparcialidade refere-se aos órgãos e agente da Administração. A igualdade tem em vista os direitos e interesses particulares afectados, a imparcialidade a prossecução do interesse público. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos Fundamentais. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1988. p.245).

²⁰³ MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 214.

Segundo Robert Alexy, não se deve confundir a teoria dos princípios com a máxima da “proporcionalidade”²⁰⁴, em que pese exista entre elas uma nítida conexão.

Na realidade, a máxima de proporcionalidade pode até ser chamada de “princípio da proporcionalidade”, mas não se trata de um princípio no sentido aqui preconizado.

A adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas diante de algo ou de um objeto, isto é, não significa que algumas vezes tenham precedência e outras vezes não. O que se deve indagar é se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, ou se sua observância tem como consequência a ilegalidade. Assim, na visão de Robert Alexy, as três máximas catalogadas da proporcionalidade devem ser configuradas como regras e não como princípios.²⁰⁵

Feita essa advertência inicial, passa-se à análise da diferenciação entre o “princípio da imparcialidade” e o “princípio da proporcionalidade”.

O “princípio da proporcionalidade” num primeiro momento teve por finalidade limitar o poder executivo em relação às medidas de restrições administrativas da liberdade individual. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, conhecido no direito alemão por *princípio de proibição de excesso (Übermassverbot)*, foi erigido à categoria de princípio constitucional.²⁰⁶

Numa perspectiva redirecionada à atividade jurisdicional, o princípio da proporcionalidade reclama uma certa relação entre o meio utilizado pelo órgão do

²⁰⁴ “Esse autor prefere a expressão ‘máxima da proporcionalidade’ à locução ‘princípio da proporcionalidade’ porque a acepção de princípios que propugna exige sempre a ponderação dos mesmos para a sua aplicação. Como a ‘máxima da proporcionalidade’ não se presta à ponderação, no sentido de que algumas vezes tem precedência e outras não – pois o que se questiona é se a ‘máxima da proporcionalidade’ está ou não satisfeita, sendo o seu descumprimento equivalente a ilegalidade – a ‘máxima da proporcionalidade’ estaria mais apropriadamente catalogada como regra”. (FARIAS, E. P., Op. Cit., p.27).

²⁰⁵ ALEXY, R., Op. Cit., p. 112.

²⁰⁶ CANOTILHO, J. J. G., Op. Cit., 2003., p.266 e 267.

Poder Judiciário e o fim perseguido pela decisão judicial. Deve ser estabelecida uma relação de justa proporção entre a situação, a finalidade e a decisão.

O princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso como é conhecido pela doutrina alemã, desdobra-se em três subprincípios:

a) o da *conformidade ou adequação dos meios*, aferindo-se a aptidão ou idoneidade dos meios utilizados para a consecução de um determinado fim;

b) *necessidade ou exigibilidade*, garante-se a indispensabilidade dos meios utilizados concretamente, de maneira que não sejam empregados meios mais onerosos com o intuito de se conseguir o fim visado;

c) *proporcionalidade em sentido estrito*, ou princípio da justa medida, que representa a exigência de efetiva e concreta proporcionalidade entre os meios e o fim perseguido.²⁰⁷

Para Sérvulo Correia, o princípio da proporcionalidade corresponde a uma das vertentes do princípio da imparcialidade, uma vez que decorre da imparcialidade o dever de ponderação de todos os aspectos e interesses envolvidos na relação jurídica processual.²⁰⁸

Por outro lado, sustentam José J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, que o princípio da imparcialidade se configura como aplicação do princípio da proporcionalidade, na medida em que exige dos órgãos jurisdicionais a isenção na determinação de prevalência de uma decisão judicial em total desproporcionalidade aos direitos fundamentais das partes envolvidas no processo.²⁰⁹

Maria Teresa de Melo Ribeiro reconhece que o conteúdo do princípio da imparcialidade excede demasiadamente o conteúdo do princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade atua exclusivamente no âmbito

²⁰⁷ Idem. Ibidem., 2003, p. 269 e 270.

²⁰⁸ CORREIA, José Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1988. p.499.

²⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, V., Op. Cit., 1993, p.925.

de uma relação de adequação de meio e fim; já o princípio da imparcialidade, além de impor ao órgão jurisdicional a ponderação de todos os interesses protegidos no caso, constitui-se, ainda, na obrigação de atuar com objetividade, isenção, independência e transparência. Na verdade, o princípio da imparcialidade impõe-se como obrigação de meio, enquanto que o princípio da proporcionalidade, como uma obrigação de resultado, em outras palavras, a exigência da imparcialidade demanda a ponderação dos interesses, a exigência da proporcionalidade aprecia o resultado da ponderação efetuada.²¹⁰

1.12.4 Princípio da imparcialidade e o princípio da independência

Antes de se ingressar no tópico eminentemente distintivo entre esses dois princípios fundamentais da atividade jurisdicional, com reflexos importantes no desenvolvimento da relação jurídica processual penal, torna-se necessário apresentar algumas notas características do chamado princípio da independência do Poder Judiciário.

1.12.4.1 Independência externa e independência interna

A independência do Poder Judiciário constitui um valor essencial aos modernos regimes liberal-democráticos, razão pela qual está positivada constitucionalmente tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no ordenamento jurídico de direito comparado, e tem por finalidade garantir a plena liberdade dos órgãos jurisdicionais no exercício de sua atividade essencial.²¹¹

Owen Fiss (The Democracy in Latin América: the Role of Judiciary), citado por Salete Maria Polita Maccalóz, estabelece três tipos diferentes de independência judicial:

²¹⁰ MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 220, 221 e 222.

²¹¹ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 30.

a) neutralidade de partido, que configura a independência da magistratura em relação aos interesses dos partidos políticos;

b) independência individual, em relação à estrutura burocrática judicial, isto é, em relação aos outros juízes; e

c) isolamento político, que é a independência de outras instituições governamentais.²¹²

Sofrendo o sistema judiciário certa influência do sistema político, o conceito de independência do Poder Judiciário será considerado à luz das estreitas relações que se entrelaçam entre o sistema judiciário e o sistema político propriamente dita.²¹³

Havendo essa interligação entre o sistema judiciário e o sistema político, é incorreto falar num sentido absoluto da independência da magistratura, pois, “Il comportamento dei giudice é talmente influenzato dall’ambiente circostante, anche e soprattutto da quello político, che si può parlare solo di indipendenza *relativa* della magistratura”.²¹⁴

Toda concepção que preconiza a total e absoluta independência do Poder Judiciário não passa de mera tentativa frustrada de concretização de um tipo-ideal. Em que pese poucos sistemas judiciários possam assim ser definido, a rigor, nos denominados regimes democrático-liberais, o que se busca, de certa forma, é uma máxima aproximação desse tipo-ideal.²¹⁵

²¹² MACCALÓZ, Salette Maria Polita. *O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 64.

²¹³ “(...)Non solo perché le decisioni giudiziarie hanno un impatto più o meno rilevante sul sistema politico, o perché il giudice, consciamente o meno, partecipa necessariamente, nel corso della sua attività, all’assegnazione imperativa di valori. Ma soprattutto perché esso soddisfa ad uno dei bisogni essenziali di un sistema politico, la risoluzione delle controversie sull’applicazione concreta delle norme riconosciute dalla società” (GUARNIERI, Carlo. L’indipendenza della magistratura. *In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Marzo 1979, Anno XXXIII – Num 1, (29-56), p.30).

²¹⁴ Idem. Ibidem., p. 31.

²¹⁵ Idem. Ibidem., p. 32.

A independência judicial, de todo modo, apresenta-se como um requisito indispensável à configuração estrutural do “Poder Judiciário”, sendo um dos seus aspectos mais importante.

E para que haja essa possibilidade de resolver as pretensões apresentadas em juízo, “segundo a consciência livre dos juízes”, deve-se sustentar dentro de um marco democrático a *independência externa* e também *interna* do Poder Judiciário²¹⁶, na medida em que tais requisitos são pressupostos indispensáveis à imparcialidade.

A *independência externa* seria aquela que protege os órgãos jurisdicionais diante de eventuais intromissões provenientes do exterior do Poder Judiciário, advindas do Poder Legislativo, do Poder Executivo, assim como dos denominados “poderes fáticos” ou “forças sociais” diluídas na sociedade (por exemplo, os meios de comunicação que são praticamente um “quarto poder”, os partidos políticos e a própria Igreja).²¹⁷

A *independência interna*, por outro lado, seria aquela que ampara os membros da carreira judiciária contra as perturbações dos demais órgãos jurisdicionais ou de seus próprios órgãos de administração.²¹⁸

Criar um equilíbrio de poderes no interior da magistratura e do sistema judiciário favorece o surgimento de conflitos, o que, de certa forma, poderá ser prejudicial à própria estrutura do sistema. Mas, também um elevado grau de coordenação entre os vários setores do sistema judiciário acarretará danos à própria imagem de imparcialidade, à medida que, em determinadas circunstâncias, gerará suspeita de que o juiz poderá se deixar conduzir apenas pelos interesses específicos da organização judiciária que às vezes apresenta exigências

²¹⁶ Há na doutrina outras classificações em relação à manifestação da independência judicial. Há autores que fazem distinção entre dependência judicial “orgânica” e “funcional”, destacando na primeira a independência do Poder Judiciário, como órgão que integra todos os juizes e magistrados, frente aos outros poderes do Estado, e a segunda, a independência no exercício da função jurisdicional.

²¹⁷ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 30.

²¹⁸ Idem. Ibidem., p. 31.

potencialmente contrapostas àquelas das partes envolvidas na relação jurídica processual.²¹⁹

A criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B da Constituição Federal), inserido pela proposta de Emenda à Constituição Federal n. 29, de 2000, e promulgada recentemente (Emenda Constitucional n. 45/2004), não deve representar uma ameaça à independência interna dos membros da magistratura. Sua incumbência, exercida nos limites da Constituição Federal, será de grande valia para a transparência e legitimidade dos órgãos jurisdicionais perante a sociedade.²²⁰

A Corte Constitucional Italiana, ao tratar da independência interna da magistratura, teve oportunidade de afirmar:

(...)non sarebbe, cioè, lesiva del principio d'indipendenza del giudice un'organizzazione della magistratura ispirata al critério di un "peso" differente di varie categorie di magistrati negli organismi di autogoverno della magistratura stessa (L. 195\1958) - sull'istituzione ed il funzionamento del C.S.M. Corte cost., 22 dicembre 1963 (168\63)); né sarebbe incostituzionale l'attribuzione di piena discrezionalità ai dirigenti degli uffici, circa l'assegnazione dei singoli processi ai singoli magistrati od alle singole sezioni; così come non sarebbe incostituzionale l'attribuzione di piena discrezionalità ai presidenti dei singoli collegi, circa il conferimento di specifiche competenze 'funzionali' all'interno del collegio.²²¹

A Corte Constitucional italiana também acrescentou que o princípio da independência é pressuposto do da imparcialidade, no sentido de que a atividade do juiz deve ser imune a vínculos que possam comportar sua sujeição formal ou substancial a outros órgãos, e deve, por outro lado, ser livre de prevenção, temor, influência que possam induzir o juiz a decidir de modo diverso da sua própria consciência.²²²

²¹⁹ GUARNIERI, C., Op. Cit., p. 44 e 45.

²²⁰ "Una magistratura dotata di un alto grado di indipendenza esterna può essere, almeno teoricamente, organizzata su basi gerarchiche e i suoi giudice – quelli in posizione subordinata – godere di un basso livello di indipendenza non nei confronti del sistema político ma rispetto ad altri giudici, a loro superiori". (Idem. Ibidem., p. 50).

²²¹ CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona – le garanzie fondamentali*. 3. ed. Vol. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. p. 48 e 49.

²²² Idem. Ibidem., p. 50.

O que se pode e se deve referendar, em última análise, é que o juiz possui independência jurídica, pois é a única que o ordenamento jurídico lhe pode garantir, aliás, a independência do juiz, nesse sentido:

(...) é a que importa, a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.²²³

O juiz, numa democracia moderna, não pode ser concebido como simples servidor do executivo ou do legislativo, muito menos pode ser subordinado aos Tribunais Superiores ou ao Supremo Tribunal Federal.

O Poder Judiciário não pode ser concebido como um apêndice da administração, razão pela qual sua estrutura deve ser divorciada de qualquer forma hierarquizada, como ocorre no regime militar. “Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado”.²²⁴

É importante consignar a advertência feita por Eugênio R. Zaffaroni de que a lesão à independência costuma ser mais prejudicial quando advém do interior da própria instituição, isto é:

(...)por meio de corpos colegiados que exercem uma ditadura interna e que se divertem aterrorizando seus colegas, abusando de seu poder no cotidiano. Através deste poder vertical satisfazem seus rancores pessoais, cobram dos jovens suas frustrações, reafirmam sua titubeante identidade, desenvolvem sua vocação para as intrigas, desprendem sua egolatria etc., mortificando os que, pelo simples fato de serem juízes de diversa competência, são considerados seus “inferiores”. Deste modo desenvolve-se uma incrível rede de pequenez e mesquinharias vergonhosas, das que participam os funcionários e auxiliares de jurisdição. A maledicência é convertida em moeda corrente, faz-se presa de todos e substitui as motivações racionais dos atos jurisdicionais: as sentenças não são confirmadas, revogadas, ou anuladas por razões jurídicas, mas por simpatia, antipatia, rancor, ciúmes do colega. Se os operadores de um poder judiciário verticalizado decidissem um dia deixar de praticar a maledicência relativamente a seus colegas, reinaria nos edifícios de seus tribunais maior silêncio do que nos templos.²²⁵

²²³ ZAFFARONI, E. R., Op. Cit., p. 88.

²²⁴ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

²²⁵ Idem. Ibidem., p. 89.

A pressão sofrida pelos juízes em decorrência de eventual mácula à sua independência externa, quando diante de uma sociedade democrática, é relativamente neutralizável pela via da liberdade de informação, de expressão e de crítica. A lesão à independência interna, em contra partida, é “muito mais contínua, sutil, humanamente deteriorante e eticamente degradante”.²²⁶

1.12.4.2 O princípio da independência e a questão da nomeação política

A questão de nomeação política dos magistrados também é um fenômeno a ser levado em consideração quando da análise do princípio da independência do Poder Judiciário e sua correlação com o princípio da imparcialidade.

Diante da aludida circunstância, percebe-se verdadeira compenetração de atividades de órgãos estatais diversos quando da nomeação de juízes através da participação de outros poderes que não exclusivamente o Poder Judiciário.

A nomeação política do magistrado pode gerar certo risco tanto para a independência como para a imparcialidade do juiz, principalmente se no momento da indicação não houver um robusto controle social que garanta, desde o princípio, a essência da vontade social condicionante da nomeação política.

Apesar dos riscos, é da tradição histórica constitucional de nosso ordenamento jurídico a nomeação por parte do Poder Executivo de Ministros dos Tribunais Superiores, entre eles, os do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Na Europa, onde diversos países adotam a nomeação política como critério de composição dos Tribunais, o entendimento da Corte e da Comissão Européia de Direitos Humanos é freqüentemente liberal, no sentido de que a

²²⁶ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

nomeação política, por si só, não caracteriza lesão ao princípio da independência, muito menos configura, sob este aspecto, violação ao artigo 6, n. 1, da Convenção Européia de Direitos Humanos.

Apesar dessa tendência legitimadora da compenetração de Poderes estatais na indicação de magistrados, pode-se afirmar que esse meio de nomeação não está livre de contundentes críticas.

Há vozes no sentido de que se deve manter a justiça longe da política, inclusive no que concerne à nomeação e promoção de seus membros. Há necessidade de se reabilitar o profissionalismo e a neutralidade dos juízes, indicando para a resolução do problema da independência e da imparcialidade três soluções, a saber:

- a) institucionalizar a imparcialidade;
- b) reconhecer a parcialidade e tentar sublimá-la; e
- c) distanciar o juiz da política, enfatizando sua neutralidade.²²⁷

Na realidade, o que se preconiza através desse pensamento é a existência de um modelo de *tipo ideal*, cuja expressão mais evidente é a do juiz funcionário público. Mas este modelo não passa de uma imagem utópica idealista e de difícil concreção.

Rafael Jiménez Asensio, ao colocar em dúvida esse tipo de pensamento, adverte ser impossível isolar o juiz de suas composições e crenças ideológicas, políticas, culturais etc.²²⁸

²²⁷ GARAPON, A. *Juez y democracia*. Barcelona: Flor del Viento Ediciones, 1997. p. 257.

²²⁸ “(...)La apuesta por un juez *absolutamente neutral* significa su total aislamiento del medio en el que vive, al menos en lo que afecta a la *exteriorización* de sus posiciones frente a los innumerables problemas que aquejan a la sociedad. Ello implica necesariamente un juez *sin compromiso externo*, pero es evidente que en juez no se pueden mutilar de raíz sus creencias, valores, su ideología, a fin de cuentas. El resultado de esa apuesta radical por la neutralidad conduce, a mi juicio, a un callejón sin salida: “*un juez que formalmente no expresa sus ideas y creencias, pero que materialmente las tiene y resuelve (presumiblemente), consciente o inconscientemente, con una serie de prejuicios no exteriorizados*”.(ASENSIO, R. J., Op. Cit., p.63).

É bem verdade que os ordenamentos jurídicos que adotam constitucionalmente a composição dos tribunais conjugada com nomeação de magistrados por ato político de outro poder podem colocar em risco a independência e a imparcialidade do juiz.

Contudo, também não se pode negar que esse intercâmbio faz parte da própria estrutura dos regimes democráticos. Através desse modelo, permite-se uma efetiva concretização do sistema *checks and balances* entre os poderes - ou funções, como preferir.

Outro aspecto positivo, é que a composição dos tribunais mediante essa ingerência de caráter nitidamente político, principalmente pela participação de pessoas não advindas da carreira da magistratura, permite a necessária e imprescindível “oxigenação” das convicções e dos pensamentos existentes no interior do Poder Judiciário.

Trata-se, portanto, de um mal necessário em prol da efetiva democratização dos órgãos jurisdicionais.

1.12.4.3 Princípio da imparcialidade e o princípio da independência – diferenças específicas

Realizadas as considerações preliminares necessárias, pode-se passar especificamente para o âmbito da diferenciação entre o princípio da imparcialidade e o princípio da independência do Poder Judiciário.

Tendo em vista que o texto Constitucional brasileiro não mencionou expressamente o princípio da imparcialidade, tal omissão constitucional fez com que a doutrina de uma maneira geral considerasse a nota da imparcialidade como elemento ou pressuposto do princípio da independência do Poder Judiciário, este sim expressamente consignado na Constituição Federal de 1988.

Não obstante a íntima interligação entre a independência e a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais, não há como negar que são princípios distintos.

No pensamento de Rafael Jiménez Asensio, “[...] independencia e imparcialidad son principios distintos, posiblemente sean complementarios, relacionales, se necesiten el uno al otro, pero son diferentes en su enunciado y en su alcance”.²²⁹

Na verdade, “(...)l'autonomia non garantisce di per sé che il giudice diventi realmente imparziale (...)”.²³⁰

Parte da doutrina procura distinguir a imparcialidade da independência com base na dualidade poder/função. A independência estaria vinculada ao Poder Judiciário, enquanto que a imparcialidade diria respeito ao exercício da função jurisdicional.²³¹

Na realidade, a independência é uma garantia de que o juízo será imparcial.²³²

Há também aqueles que sustentam a inexistência de identidade conceitual entre esses dois princípios, tendo em vista que a aplicação de cada princípio ocorre em momento distinto do exercício da atividade jurisdicional. A independência se predica do momento constitucional, enquanto que a imparcialidade do momento processual.²³³

²²⁹ Idem. Ibidem., p. 69.

²³⁰ GUARNIERI, C., Op. Cit., p. 36.

²³¹ (...)la independencia judicial del artículo 117 CE se refiere a la necesidad de evitar todo tipo de subordinación de los miembros del poder judicial al resto de los poderes del Estado, o toda perturbación que pueda venir de los otros órganos jurisdiccionales y de sus propios órganos de gobierno. Por ello, entendemos que no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del juez ya que éste puede ser independiente y, sin embargo, no ser imparcial y viceversa”.(PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 32).

²³² REQUEJO PAGÉS, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989. p. 161.

²³³ ASENSIO, R. J., Op. Cit., Loc. Cit.

A independência e a imparcialidade são, indubitavelmente, dois princípios distintos, porém complementares da estrutura básica do Poder Judiciário.

Muito embora a imparcialidade não esteja textualmente prevista nas Constituições numa maneira geral, ela é inquestionavelmente um princípio implícito ou expressamente previsto em decorrência dos tratados internacionais.

A independência é um “prius” da imparcialidade judicial, mas não se confunde com ela, pois,

(...)un juez imparcial requiere, por definición, ser independiente (difícilmente podría predicarse de un juez dependiente su imparcialidad), mientras que un juez puede ser independiente y, sin embargo, no ser imparcial a la hora de conocer una causa determinada o una serie de causas.²³⁴

1.12.5 Princípio da imparcialidade e princípio do juiz natural

A “imanência do juiz no processo” reclama nova leitura do juiz natural, não mais identificado como um atributo do magistrado, mas visto como pressuposto para a sua própria existência.²³⁵

Sem o juiz natural não se pode falar de função jurisdicional.

²³⁴ Idem. Ibidem. p. 71.

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. In *Revista de Processo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 29, Ano 8, jan./mar., 198, (11-33), p. 11.

O dado histórico do princípio do juiz natural nos diz que ele se desenvolveu no ordenamento anglo-saxão, desdobrando-se principalmente no direito norte-americano e francês.²³⁶

Como garantia de proibição de juízos extraordinários, e segundo a dimensão atual, o princípio do juiz natural foi pela primeira vez incorporado na “*Petition of Rights*”, de 1627, e no “*Bill of Rights*”, de 1688. Essas duas cartas representam a concepção atual do princípio do juiz natural, proibindo julgamento proferido por juízes extraordinários, por magistrados designados *ex post facto*.²³⁷

O direito norte-americano através da Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e das Constituições dos Estados Independentes (1776 a 1784) vê a garantia de existência de um juízo e a inderrogabilidade da competência não apenas como simples critério de organização judiciária, mas como garantia da imparcialidade do juiz.²³⁸

Na Lei francesa de 24 de agosto de 1790, introduziu-se pela primeira vez, em seu artigo 17 (Título II), a expressão que conhecemos atualmente, ao prescrever que a ordem constitucional das jurisdições não poderia ser perturbada, nem os jurisdicionados subtraídos de seus *juízes naturais*. A Constituição Francesa de 1791 incorporou esse princípio dizendo que os cidadãos não poderiam ser subtraídos dos juízes que a lei lhes atribui, por nenhuma comissão, nem por outras atribuições e evocações, além das determinadas por lei.²³⁹

²³⁶ “É tradicional a postura que faz remontar à Carta Magna o estabelecimento do princípio do juiz natural. O art. 21 da Carta de 1215 dispunha que ‘condes e barões não serão multados, *senão pelos seus pares*, e somente de conformidade com o grau de transgressão’; e o conhecidíssimo art. 39 reafirmava: ‘nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por *julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra*.”

(...)Notou-se que a experiência histórica que exerceu influência sobre o documento de 1215 era o sistema jurisdicional feudal. Daí porque é lícito concluir que a garantia dos arts. 21 e 39 se dirigia à justiça feudal, e não à proibição de juízes extraordinários (...).(Idem. Ibidem., p. 12).

²³⁷ Idem. Ibidem., p. 14.

²³⁸ Prescreve a Emenda VI, de 1791, que em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento pronto e público por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito previamente determinado por lei.

²³⁹ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 133.

Também na Itália, por meio do Estatuto Albertino de 1848, (art. 17), a figura do juiz natural passou a ser um critério da atividade jurisdicional: “Ninguém pode ser subtraído de seus juízes naturais. Não poderá, portanto, ser instituídos tribunais ou comissões extraordinárias”.²⁴⁰

Evidentemente que a amplitude do princípio do juiz natural não se concilia com o entendimento de que sua aplicação diz respeito apenas à proibição de criação de tribunais *ex post facto*. Deve-se interpretá-lo também como impedimento a criação de competência especial *ex post facto* para tribunais já constituídos.²⁴¹

Jorge Figueiredo Dias ressalta que o princípio do juiz natural possui um tríplice significado;

a) Em primeiro lugar, o plano da *fonte* – somente a lei tem legitimidade para instituir o juiz e estabelecer sua competência;

b) Em segundo lugar, referência *temporal* – reforça a idéia de que a fixação da competência deve ser feita por uma lei vigente ao tempo da prática do ato infracional; e

c) Em terceiro lugar, ordem *taxativa de competência* - impede qualquer possibilidade de instituição de competência arbitrária ou discricionária.²⁴²

²⁴⁰ GRINOVER, A. P., Op. Cit., p. 16.

²⁴¹ Idem. Ibidem., p. 17.

²⁴² FIGUEIREDO DIAS, J., Op. Cit., p. 322 e 323.

No ordenamento jurídico brasileiro sempre houve previsão do princípio do juiz natural sob duplo aspecto: proibição de juízos extraordinários *ex post facto* e proibição de transferência de uma causa para outro tribunal de forma arbitrária ou discricionária.²⁴³

Não obstante a natureza jurídica bem delineada do princípio do juiz natural, ainda é corrente na doutrina e na jurisprudência nacional e estrangeira sua identificação com o princípio da imparcialidade do juiz.

O Tribunal Constitucional espanhol, por exemplo, por diversas vezes constituiu o fundamento do princípio da imparcialidade com base no denominado “derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”, que nada mais é do que o princípio do juiz natural. Na Sentença n. 44, de 22 de março de 1985, estabeleceu-se que: “(...) El derecho al Juez ordinario predeterminado por ley ‘comprende también el de recusar cuando concurren las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad’”.²⁴⁴

A doutrina costuma inserir as hipóteses processuais de abstenção ou recusa do juiz como atributo do direito ao juiz ordinário predeterminado por lei. A imparcialidade informa por si mesma o princípio do juiz legal ou natural.

Joan Picó i Junoy afirma que a doutrina que antevê identificação entre os princípios da imparcialidade e do juiz natural merece ser refutada, pois o

²⁴³ “(...)Não se proibia, entretanto, o poder de atribuição, isto é, possibilitava-se a instituição de juízos especiais pré-constituídos, de acordo com a Constituição de 1824.

A Constituição Republicana de 1891 acompanhou a anterior, sem, contudo, fazer referência à proibição de juízos extraordinários. Já a Carta de 1934 teve redação mais abrangente. No tocante à garantia do juiz competente, ampliou a redação das cartas precedentes, acrescentando a expressão ‘ninguém será processado, nem sentenciado...’, enquanto as anteriores referiam-se apenas a que ‘ninguém será sentenciado...’.

Durante o período do Estado Novo, a Constituição de 1937, de orientação ditatorial, omitiu o princípio, que voltou a ser previsto na Carta de 1946, no seu duplo aspecto. Posteriormente, a Constituição de 1967 e a Emenda 1, de 1969, inseriram o princípio tão-somente como garantia de impedimento de foro privilegiado ou tribunais de exceção, não fazendo menção à garantia explícita do juiz competente.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 garante o princípio em seu duplo aspecto (Artigo 5º, XXXVII: ‘Não haverá juízo ou tribunal de exceção’. E no inciso LIII: ‘Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’). (BONATO, G., Op. Cit., p. 137 e 138).

²⁴⁴ PICÓ I JUNOY, J, Op. Cit., p.33.

princípio do juiz natural visa garantir a conformação do tribunal orgânico instituído por lei e sua *perpetuatio iurisdictionis*,²⁴⁵ “(...) mientras que la imparcialidad judicial hace referencia no tanto al órgano jurisdiccional considerado en su dimensión orgánica, sino a la persona, juez o magistrad, que lo integra”.²⁴⁶

Na visão de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, mais do que expressão da imparcialidade do julgador, o princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia.²⁴⁷

O próprio Tribunal Constitucional espanhol percebendo a incongruência da identificação pura e simples dos princípios da imparcialidade e do juiz natural, através da Sentença n. 119, de 19 de abril de 1993, retificou seu posicionamento inicial, e de maneira acertada passou a diferenciar o princípio do juiz natural e o princípio da imparcialidade.²⁴⁸

²⁴⁵ CHOZAS ALONSO, J. M. *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia*. Granada: Comares, 1995. p. 140.

²⁴⁶ Nesse sentido: “DE LA OLIVA (*Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Edit. Ramón Areces, 1992, p. 2) sostiene: ‘Que uno o varios jueces sean recusables no significa que no sean los jueces legalmente predeterminados, los que deben juzgar un caso concreto según las reglas legales de jurisdicción, competencia en sus diversas clases, sustitución, modo de integración de los órganos colegiado, etc.’; y PÉREZ ROYO (*Servicios especiales en la Carrera Judicial: sobre la anticonstitucionalidad de los artículos 351 a 353 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, ‘La Ley’, n. 3727, 1 de marzo de 1995, p. 3) destaca que ‘la abstención o la recusación exigen como premisa que el juez sea el juez ordinario predeterminado por la ley. Cuando hay un supuesto de abstención o recusación no se discute que el juez es el juez legal. Se alega simplemente que hay circunstancias que concurren en el caso que impiden al juez desempeñar la función jurisdiccional en los términos de imparcialidad en que constitucionalmente debe hacerlo’. De igual modo, vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (*El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley*, ‘Jurisdicción y competencia penal’, CGPJ, Madrid, 1996, p. 26); GUILLO SÁNCHEZ-GALIANO, A. (*Imparcialidad del Juez y Juez ordinario predeterminado por la Ley*, ‘Derechos procesales y tutela judicial efectiva’, Vitoria, 1994, pp. 61 a 63); ORAA GONZÁLEZ, J. y P. (*El derecho a un juez imparcial y la jurisprudencia constitucional. Un decepcionante paso atrás*, ‘PJ’, n. 26, 1992, pp. 161 y ss.); y RUIZ RUIZ, G. (*El derecho al juez ordinario en la Constitución Española*, Edit. Civitas, Madrid, 1991, pp. 178-179, 193 y 199)”. (Obras citadas por PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 34).

²⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Separata Revista ITEC*, ano 1, n. 4, Sapucaia do Sul: Ed. Notadez, jan/fev/mar/ de 2000. p. 02.

²⁴⁸ “Ante todo conviene precisar que aun cuando el derecho fundamental invocado sea el derecho al Juez predeterminado por la ley, su queja, en cuanto referida a la falta de imparcialidad del juzgador, se ha encuadrado en la más reciente jurisprudencia de este Tribunal dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (por todas, STC 145/1988), pues entre las citadas garantías debe incluirse, aunque salvaguardarse mediante las causas de recusación y abstención que figuran en las leyes”. (PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 34 e 35).

Assim, não há razão para se identificar o princípio do juiz natural com o princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional, já que o primeiro não pode ser visto, atualmente, como atributo do juiz, mas, sim, como um pressuposto para sua própria existência, enquanto que o segundo contemporaneamente identifica-se como sendo um requisito essencial à função jurisdicional.²⁴⁹

1.13 O Ministério Público e o Princípio da Imparcialidade

O princípio da imparcialidade não é um conteúdo normativo que se aplica apenas aos membros do Poder Judiciário.

Pretende-se sustentar a incidência do princípio da imparcialidade também em relação aos membros do Ministério Público.

O direito comparado vem demonstrando que esta interligação (imparcialidade e Ministério Público) deve ser positivada nos textos constitucionais.

A Constituição espanhola, por exemplo, em seu artigo 124.2, estabelece que o Ministério Público (*Ministerio Fiscal*) exerce sua função “[...]conforme a los principios de unidad de actuación y *dependência jerárquica* y, con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e *imparcialidad*”.²⁵⁰

²⁴⁹ BONATO, G., Op. Cit., p.139.

²⁵⁰ “En cualquier caso, su sometimiento a una organización fuertemente jerarquizada modula mucho, hasta hacerla difícilmente ejercitable, la *dimensión interna* de la citada imparcialidad del fiscal. Aún así, se viene defendiendo con cierto énfasis que la única posibilidad real de interpretar el alcance de ese principio de imparcialidad, incrustado en el art. 124. 2 CE, no es otra que reconocer al ministerio público un margen de autonomía operativa en relación con el Gobierno: ‘Predicar los principios de legalidad e imparcialidad a la actuación del Ministerio Fiscal ha de ser visto, más bien, como un límite constitucional a su dependencia del Gobierno y, más en general, a su condición de instrumento de la política criminal; esto es, aunque el Ministerio Fiscal no puede quedar totalmente desvinculado de la orientación política de la mayoría parlamentaria que apoya al Gobierno de turno, esa conexión no justifica jamás comportamientos contrarios a la legalidad o la imparcialidad. Ello, a su vez, comporta que el Ministerio Fiscal ha de gozar de un cierto grado de autonomía operativa, como único medio de discriminar qué decisiones quedan excluidas por la legalidad e imparcialidad’ (DÍEZ-PICAZO, L. M. *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel. Barcelona, 2000. pg. 167)”. (Apud ASENSIO R. J., Op. Cit., p. 74 e 75).

Para o sistema penal acusatório espanhol, não pode o Ministério Público discriminar, seja exercendo a atividade persecutória penal ou não a exercendo, em função das diferentes pessoas ou causas que possam ser levadas aos tribunais.

No ordenamento jurídico brasileiro, muito embora não haja previsão expressa na Constituição Federal do princípio da imparcialidade em relação ao Ministério Público, assim como também não há em relação ao juiz, essa incidência advém do princípio do *justo processo com todas as suas garantias*.

O princípio do *justo processo com todas as suas garantias* não concebe que uma instituição, que tem por missão zelar pelo Estado de Direito Democrático, mesmo quando promove a ação penal, possa agir guiada pela “parcialidade negativa”.

Da mesma forma que o juiz deve se abster de atuar no processo sempre que o princípio da imparcialidade ou o direito fundamental a um juiz imparcial estiver em risco, também é dever do Ministério Público assim proceder.

Porém, a aplicação do princípio da imparcialidade ao Ministério Público não visa apenas impedir a atuação do *Parquet* qualificado por uma parcialidade negativa.

A análise da imparcialidade sob a perspectiva “positiva” também há de ser considerada em relação ao Ministério Público.

O objeto principal desta tese diz respeito à “parcialidade positiva” do juiz, mas nada impede que tal perspectiva seja igualmente referendada em relação ao Ministério Público.

O Procurador da República ou o Promotor de Justiça, no exercício de sua atividade institucional, seja como fiscal da lei ou como “parte”, deve considerar as diferenças sociais, culturais e principalmente econômicas das pessoas envolvidas na relação jurídica processual.

Pode-se inclusive argumentar que o princípio da “obrigatoriedade” da ação penal deve ser relativizado pela aplicação do princípio da “parcialidade positiva”, como estruturador das funções do Ministério Público.²⁵¹

A complexidade das sociedades modernas, sua diversidade endógena, reclama uma postura mais ousada por parte da instituição que tem por objetivo preservar o Estado de Direito Democrático, a fim de que sejam observados tanto na instauração da ação penal quanto na aplicação da pena fatos externos ao processo vinculados diretamente às pessoas envolvidas na relação jurídica processual penal.

Nas palavras de Roberto Lyra:

Canônico, citado por Auto Fortes, nas *Questões Criminais*, demonstra que o Ministério Público é sempre livre em concluir de acordo com a sua consciência, em função de seu direito, de seu dever, de sua independência, de sua dignidade.

(...).

O juiz, não pode suprir as omissões do Promotor Público. Se se trata de prevaricação, cabe a representação, com esse fundamento, contra o funcionário, que é livre, independente, autônomo, mas responsável, especial, rigorosa e sistematicamente responsável. Fora daí, o arquivamento pedido deve ser ordenado como a manifestação autêntica do delegado da sociedade ou do Estado. Não se trata de opinião pessoal, mas de opinião de quem detém a qualidade para interpretar, exclusivamente, as conveniências públicas no assunto. Que importa que tanto redunde em julgar, em prejudicar, se tal privilégio, na transição da fase policial para a fase judiciária, constitui mandamento legal? Do contrário, o Promotor Público limitar-se-ia a comunicar, e transmitir, a veicular, como simples intermediário entre a autoridade policial e o Juiz, sem entrar

²⁵¹ Atualmente, com a reforma do processo penal italiano de 1988, observa-se a implementação de alguns institutos que até então seriam considerados incompatíveis com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Há a aplicação da pena a requerimento das partes, denominada *patteggiamento*, em que o Ministério Público e o acusado, mediante acordo mútuo e com o fim de rapidamente resolver o processo, requerem ao juiz, até a abertura dos debates, a aplicação de sanção substitutiva nos casos previstos, ou de pena aplicável para crime quando essa, tomando-se em consideração as circunstâncias e diminuída até um terço, não supere dois anos de reclusão ou detenção. Há, também, o procedimento por decreto, configurando-se como uma atribuição conferida ao Ministério Público para requerer ao Juiz, antes do efetivo desenvolvimento do processo penal, que seja aplicada ao réu uma pena diminuída até a metade em relação ao mínimo da pena cominada.

Não se poderia também deixar de observar a perspectiva de reforma da Constituição Italiana para o efeito de atribuir ao Ministério Público não mais a “obrigatoriedade da ação penal”, mas, sim, a facultatividade do exercício da ação penal nos casos em que o *pubblico ministero* “(...) ritenga insussistente l'offensività del reato ovvero l'interesse pubblico al suo perseguimento”. (FERRAJOLI, Luigi. Giurisdizione e democrazia. *Revista da AJURIS*, Ano XXVI, n. 75, Porto Alegre, (424-444), p.436).

no merecimento da imputação. Quem assina uma denúncia, ato de importância e de gravidade indissociáveis, põe nela, como autor, sua consciência e a sua responsabilidade, impelidas por um sentimento de justiça que se elabora em esfera emancipada de quaisquer submissões.

(...). Em conclusão: o Promotor Público é o único *Juiz* do cabimento da denúncia (...).²⁵²

1.14 Quem seriam os Titulares do Direito Fundamental ao Juiz Imparcial?

A maioria dos Pactos e Tratados internacionais apresenta como sujeito do direito fundamental a um juiz imparcial *toda e qualquer pessoa*.²⁵³

O termo genérico - *toda e qualquer pessoa* – por vezes gera indagações sobre a titularidade do direito fundamental ao juiz imparcial.

Não obstante a generalidade do termo *toda e qualquer pessoa*, há quem indague se o direito ao juiz imparcial estende-se, igualmente, à *acusação particular* nos processos penais, ao Ministério Público, bem como aos advogados que representam as partes na relação jurídica processual.

1.14.1 O advogado pode argüir a imparcialidade judicial?

Estará o advogado legitimado a invocar uma lesão ao direito ao juiz imparcial (parcialidade negativa)? Seria o advogado titular desse direito fundamental no processo?

²⁵² LYRA, R., Op. Cit., p. 146 e 147.

²⁵³ O artigo 14, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, do qual o Brasil é signatário, afirma: “*Toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias, por um Tribunal competente, independente e imparcial*”.

No direito comparado, observa-se que inúmeras legislações inserem o parentesco do juiz com o advogado de uma das partes como causa de seu afastamento.²⁵⁴ Apesar disso, nada dizem sobre a amizade íntima ou inimizade entre o órgão jurisdicional e o advogado de uma das partes.²⁵⁵

Não se pode negar que muitas vezes as relações entre juiz e o advogado chegam a tal ponto de hostilidade que a imparcialidade ou aparência de imparcialidade é posta em dúvida. Diante desse fato, a doutrina indaga se a melhor solução seria a abstenção ou recusa do juiz da causa ou obrigar o réu a renunciar ao direito de defesa exercido por este ou aquele advogado.²⁵⁶

O direito a um processo com todas as garantias não se satisfaz apenas com a efetiva imparcialidade, mas também exige a aparência de imparcialidade como forma de conferir legitimidade à atividade jurisdicional.

Evidentemente que ninguém no exercício cotidiano do direito pode se surpreender com as manifestações de preferência ou de reparo que exteriorizam os advogados em relação aos magistrados, daí porque a advertência de Mugia Díaz deve ser sempre levada em consideração:

Estas filias y fobias pueden traer su causa en una inmensa variedad de circunstancias (...) que – probablemente – no tendrían cabida en ninguno de los supuestos contemplados por desarrollo legal como los motivos de apartamiento de un juez de un determinado litigio.²⁵⁷

A jurisprudência brasileira a princípio não reconhece o direito subjetivo fundamental ao advogado para pleitear a recusa do juiz, uma vez que ele não seria parte na relação jurídica processual, mas somente assessor técnico.²⁵⁸

²⁵⁴ Art. 170, inc. IV, do Código de Processo Civil do México; art. 234 do Código de Processo Civil do Québec; art. 127 do Código de Processo Civil português; art. 341 do *Code de Procédure Civile* francês; art. 189 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola.

²⁵⁵ Não se concebe que entre as causas de abstenção ou recusa do magistrado não estejam eventuais inimizades ou amizades íntimas entre o juiz e o advogado, pois, em determinadas circunstâncias, a aparência de imparcialidade encontra-se efetivamente maculada.

²⁵⁶ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 157.

²⁵⁷ Apud. Idem. Ibidem.

²⁵⁸ STJ – 3ª Turma, Resp 4.509-MG, rel. Min. Waldemar Zveiter; Revista do Tribunal Federal de Recursos 147/191, Revista dos Tribunais n. 631, p. 83.

Apesar dessa tendência uniforme da jurisprudência, não se pode traçar uma única e exclusiva via de resolução de um problema que possa envolver a questão da imparcialidade judicial.

É evidente que eventual inimizade ou mesmo grande amizade entre juiz e advogado (em determinadas circunstâncias) poderá ensejar no espírito do julgador uma tendência, mesmo que inconsciente, de se deixar conduzir por tais circunstâncias, o que ensejaria uma manifesta parcialidade negativa do juiz e um inquestionável prejuízo para as partes.

Joan Picó i Junoy, criticando legislação que não permite a recusa do juiz em decorrência de sua amizade íntima com advogado da outra parte, anota:

En nuestra opinión, esta opción legislativa resulta desacertada para el supuesto de existir vínculos de amistad íntima entre el Juez y el Letrado de una de las partes, pues la otra, ante la imposibilidad de exigir el cambio del Letrado contrario, debería poder instar la recusación ya que éste será el único mecanismo (obviamente, la libertad de elección de la defensa letrada impide que un litigante pueda imponer la sustitución del abogado de la contraparte) disponible para denunciar la posible falta de imparcialidad judicial.²⁵⁹

Reconhecendo a possibilidade de recusa do juiz em face de eventual íntima relação com o advogado da outra parte, prescreve o artigo 51 do *Código di Procedura Civile* italiano:

Art. 51. *Astensione del giudice*. – Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

(...);

se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di *alcuno dei difensori* (grifo nosso);

se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o *alcuno dei suoi difensori* (grifo nosso).

Procurando interpretar o que vem a ser a expressão *covivente o commensale abituale*, esclarece Tulli Segrè:

L'espressione 'commensale abituale' serve a indicare una relazione d'intimità che rasenta la familiarità; e la dizione 'convivente', che il legislatore del 1940 há voluto aggiungere, vale per quei casi in cui

²⁵⁹ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 72.

lamedesima intimità sai raggiunta mediante una vita in comune ma senza comunione di mensa. Come l'essersi incontrati più volte àlla stessa trattoria non basta àlla qualifica di 'commensale abituale' così l'aver dormito insieme o l'aver lavorato nello stesso ufficio durante la giornata non basta àlla qualifica di 'convivente': nell' uno e nell'altro caso, è necesario che la consuetudine di vita comune abbia attinto un così alto grado da rendere probabile che il giudice senta la causa dell'amico como causa própria.²⁶⁰

Muito embora a legislação brasileira não preveja a hipótese de abstenção ou recusa do juiz em decorrência de amizade íntima ou inimizada com o advogado de uma das partes, deve-se atualizar o pensamento jurídico sobre essa questão, para o efeito de considerar as causas inseridas na normatização processual civil ou penal, referente a impedimento ou suspeição, como meramente exemplificativas, aliás como já vem ocorrendo no direito alemão.²⁶¹

Evidentemente que muito mais problemático será o caso de inimizade existente entre o juiz e o advogado da parte recusante, já que nessa hipótese a admissão da recusa poderá ensejar verdadeiros mecanismos fraudulentos de impossível controle, como, por exemplo, provocar o advogado um fato que configura certa inimizade com o juiz somente para afastá-lo do processo. As fraudes, indubitavelmente, devem ser combatidas com rigor; contudo, a inimizade pode surgir por fatos normais de crise relacional, circunstância essa que não se pode deixar de levar em consideração pelo simples temor de fraude. Além do mais, fraude não se presume, deve ser provada.

Tendo em vista que o direito a um juiz imparcial, conforme já se afirmou, corresponde a um direito fundamental de um *processo público com todas as garantias*, bem como que os Tratados Internacionais assinados pelo Brasil consignam que toda e qualquer pessoa (e não somente as partes) tem direito a um juiz imparcial, não se pode negar que, em casos excepcionais, poderá o advogado alegar e provar que a “inimizade” existente entre ele e o juiz poderá macular a imparcialidade do magistrado para o desempenho de sua atividade jurisdicional. O

²⁶⁰ Apud CRUZ E TUCCI, José Rogério. Do relacionamento juiz-advogado como motivo de suspeição. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 87, v. 756, outubro de 1998, (70-76), p.73 e 74.

²⁶¹ “Os juízes poderão ser recusados nas mesmas hipóteses pelas quais são excluídos por lei, e sempre que possa existir eventual perigo de parcialidade”. (§41 da ZPO).

mesmo ocorre na circunstância de existência de amizade íntima entre o juiz e o advogado da outra parte.

1.14.2 O ministério público como titular e garantidor do direito a um juiz imparcial.

A indagação que se faz neste tópico refere-se à possibilidade ou não de o Ministério Público invocar a vulneração a determinados direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Em outras palavras, poderá o Ministério Público argüir a “parcialidade negativa” do juiz quando perceba que o magistrado deixou de ser imparcial?

Outrossim, o Ministério Público estaria legitimado a suscitar quebra da imparcialidade do juiz quando haja entre ambos notória “inimizade” ou “desavença”?

Em relação à primeira indagação, é pertinente afirmar que o Ministério Público quando atua como *fiscal da lei* e na defesa de interesses indisponíveis apresenta legitimidade para invocar direitos fundamentais no processo em que participa.

E quando age como titular da ação penal?

Mesmo quando o Ministério Público atua como autor da ação penal, nada mais faz que exteriorizar o exercício de suas *atribuições constitucionais*, que não se confunde com a “práxis” de um “acusador” implacável.

O Ministério Público como autor da ação penal age para promover a justiça, conjugada com a defesa da legalidade, exerce uma racionalidade prática como agente protetor do Estado de Direito Democrático que não tolera violação ou infrações ao direito penal.²⁶²

A missão de proteger o Estado de Direito Democrático não se coaduna com uma sentença condenatória iníqua e injusta.

O Ministério Público, mesmo quando autor da ação penal, somente exerce efetivamente sua prerrogativa institucional, segundo os ditames do texto constitucional, quando no processo também age no sentido de zelar pelos direitos fundamentais do réu.

Percebendo o Promotor de Justiça ou o Procurador da República eventual “parcialidade negativa” do juiz que possa ferir o direito fundamental do réu a um julgador imparcial, deverá o Ministério Público, legitimado pelos princípios constitucionais, arguir causas de abstenção ou de recusa do juiz.

Sobre a possibilidade de o Ministério Público arguir a imparcialidade do juiz em favor do réu, paradigmática é a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional espanhol no caso “*Fiscalía activa c. Magistrado testarudo*” (STC 320/1993, de 8 de novembro [RTC 1993, 320]; *Ministério Fiscal c. Audiência Provincial de Málaga*):

El caso se centra en la figura del Magistrado De la Torre Deza. En 1989, siendo éste titular del Juzgado de Instrucción número 5 de Málaga tramitó unas diligencias previas en virtud de denuncia presentada contra el Sr. Guardiola Domínguez por entrega en pago al denunciante de un cheque al portador sin fondos. En esa tramitación el Juez de Instrucción realizó una serie de diligencias que no viene al caso citar ahora, y, tras determinadas vicisitudes procesales, dictó Auto en el que acordó la apertura del juicio oral, dirigida acusación y exigió al acusado prestar fianza en al cuantía de 30.000 ptas. Para las posibles responsabilidades de la causa.

²⁶² A maior prova de que a missão do Ministério Público não é a de “acusador profissional” evidencia-se diante de um processo em que as provas demonstram a inocência do réu, quando, então, não se pode esperar outra conduta do órgão do Ministério Público, que não seja requerer a prolação de uma decisão absolutória.

El juzgado de Instrucción remitió la causa al Juzgado de lo Penal número 4 de Málaga, para el enjuiciamiento y fallo de la misma, y este órgano judicial dictó Sentencia en la que condenaba al acusado como autor de un delito de cheque al descubierto. Contra esa Sentencia interpuso el condenado recurso de apelación, que fue tramitado por la Sección Segunda de la que formaba parte el Sr. De la Torre Deza que actuó asimismo como Ponente. La Sentencia de la Audiencia desestimó integralmente el recurso de apelación, confirmó la Sentencia de instancia y condenó en costas al recurrente.

Devuelto el procedimiento al Juzgado de lo Penal a fin del cumplimiento de la resolución recurrida, el Juez de traslado al Ministerio Fiscal para que informe sobre el hecho de que quien había juzgado en apelación previamente fue instructor de la causa. El Fiscal de la Audiencia Provincial de Málaga solicitó la declaración de nulidad de pleno derecho de la Sentencia porque el Magistrado Ponente al haber realizado funciones de instructor debía haberse abstenido y, en suma, se vio vulnerado el derecho al juez imparcial del Sr. Guardiola Domínguez. La Audiencia Provincial dictó Sentencia en la que desestimaba ese recurso de nulidad, actuando como Ponente de nuevo el Sr. De la Torre Deza.

Con base en esos antecedentes, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, solicitando además la suspensión de la ejecución de las Sentencias, y argumentando en síntesis que se había lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías y, más en concreto, el derecho al Juez imparcial. El TC, por razones que ahora no vienen al caso, estima el recurso de amparo y declara la nulidad de la sentencias.²⁶³ (grifo nosso)

Verificando que o juiz que julgara a apelação fora o mesmo que instruiu o processo de Guardiola Domínguez, o Ministério Público espanhol não teve dúvida em requerer a nulidade do julgamento do recurso, mesmo diante de uma sentença condenatória a seu favor. E o que mais impressiona, não obtendo êxito em sua primeira investida, recorreu ao Tribunal Constitucional da Espanha, onde conseguiu decretar a nulidade da decisão, sob o argumento de que a participação do mesmo julgador na fase de instrução e julgamento causava lesão ao direito a um *processo com todas as garantias*.

A atuação do órgão do Ministério Público para a conquista do resultado obtido em favor do réu perante o Tribunal Constitucional espanhol,

²⁶³ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 179 e 180.

representa, modernamente, a imprescindível atribuição democrática dessa Instituição. Mais do que simples autor da ação penal, o Ministério Público é órgão legitimado para a defesa do Estado de Direito Democrático, sendo que, quando defende o direito a um *processo com todas as garantias*, o faz em cumprimento dessa determinação Constitucional.

Estado de Direito Democrático sem o efetivo respeito aos direitos fundamentais de qualquer pessoa não passa de mera ficção e utopia.

Por isso, o que importa, indiscutivelmente, é que o Ministério Público espanhol atuou no caso acima como *defensor de um processo em que se respeite o direito fundamental ao juiz imparcial*.

Nesse aspecto, não há dúvida que o Ministério Público é titular do direito ao juiz imparcial, porém entendida essa titularidade como simples “(...) ejercicio de sustitución procesal de quien realmente es el afectado por la lesión del derecho fundamental, que no es otro que el ciudadano”.²⁶⁴

Quanto à possibilidade de o Ministério Público argüir em seu próprio interesse (e não como substituto) o direito fundamental a um juiz imparcial, a questão mostra-se controvertida, principalmente pelo fato de ter essa Instituição uma natureza estatal.

O Tribunal Constitucional espanhol num primeiro momento reconheceu a legitimação ativa do Ministério Público para interpor recurso constitucional visando à defesa, em próprio nome e no seu exclusivo interesse, dos direitos fundamentais contidos no artigo 24 da Constituição espanhola, os quais haviam sido vulnerados numa dada relação jurídica processual.

Contudo, posteriormente, o Tribunal Constitucional da Espanha começa a por em dúvida essa legitimação do Ministério Público, sob o argumento de que nem todos os direitos do artigo 24 da Constituição espanhola correspondem indiscriminadamente a qualquer das partes do processo. Além da existência de

²⁶⁴ Idem. Ibidem. p. 180.

direitos fundamentais processuais, como o direito à igualdade de armas, direito à prova, direito à tutela jurisdicional, que assistem a todas as partes do processo, existem outros direitos que, para equilibrar a desigualdade material entre o Estado e o imputado na esfera do processo, são de exclusiva titularidade da defesa. Assim,:

(...)hemos declarado que derechos tales como el derecho a un Juez imparcial o al principio acusatório (STC 136/1992 [RTC 1992, 136], la presunción de inocencia y naturalmente el derecho penal de defensa asisten exclusivamente al imputado, por lo que no corresponde reclamar su protección constitucional a las partes acusadoras.²⁶⁵

Diante dessa atual tendência do Tribunal Constitucional, o Juiz Pedro Cruz Villalón, em seu voto particular concorrente, esclarece em que circunstância o Ministério Público poderia ser titular de direitos fundamentais. Segundo o referido magistrado, apesar de o Tribunal Constitucional somente de forma muito restrita admitir a titularidade dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos, o Ministério Público certamente pode ser considerado, em princípio, titular do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Apesar dessa oxigenação proveniente do voto vencido proferido pelo juiz Pedro Cruz Villalón, o certo é que ele, assim como o Tribunal Constitucional espanhol, não reconhece a legitimação ao Ministério Público para invocar em seu próprio nome e em seu exclusivo interesse lesão ao direito fundamental ao juiz imparcial.

Essa nova posição defendida pelo Tribunal Constitucional espanhol, contudo, merece algumas considerações.

Na verdade, mesmo que se admitindo a consistência jurídica da posição defendida pelo Tribunal Constitucional espanhol, ao impedir o órgão do Ministério Público de postular o direito fundamental ao juiz imparcial, por ser ele uma instituição estatal, o certo é que tal prerrogativa advém de outros princípios constitucionais decorrentes de um Estado de Direito Democrático.

A natureza jurídica da imparcialidade do juiz, conforme anteriormente sustentado, não se restringe apenas ao âmbito dos direitos fundamentais.

²⁶⁵ Idem. Ibidem., p. 181.

A imparcialidade do juiz também se justifica como “princípio estruturante do Poder Judiciário” e como “concretização de um processo com todas as garantias”.

Apesar de o Ministério Público, segundo a ótica do Tribunal Constitucional espanhol, não estar legitimado à postulação da imparcialidade do juiz com base em um direito fundamental específico, não resta dúvida de que essa legitimação decorre da imparcialidade como princípio estruturante do Poder Judiciário e em decorrência da concretização de um processo com todas as garantias.

O Ministério Público, como instituição legitimada a defender o Estado de Direito Democrático, não pode ser impedido de alegar eventual “parcialidade negativa” do juiz na hipótese, *v.g.*, em que o magistrado tenha pela pessoa do Promotor de Justiça ou do Procurador da República notória inimizade. Este fato, sem dúvida, poderá ensejar mácula ao princípio da imparcialidade (como estruturante do Poder Judiciário ou como garantidor de um processo com todas as garantias), pondo em risco a legitimidade da decisão judicial a ser proferida, pois a aludida patologia social poderá induzir o juiz a dificultar a atividade do Ministério Público ou mesmo favorecer em demasia a defesa do réu.

Eventual inimizade existente entre a pessoa do Procurador da República ou do Promotor de Justiça e o Juiz não pode mais ser avaliada como insignificante do ponto de vista jurídico e que não gera qualquer prejuízo para a relação jurídica processual penal, uma vez que esse pernicioso jogo de vaidades humanas muitas vezes é conduzido para além do que efetivamente importa, a justiça da decisão.

A rixa entre o Juiz e o Ministério Público num processo põe em dúvida a “aparência da imparcialidade” que deve revestir a relação jurídica processual, motivo pelo qual, em determinadas circunstâncias concretas e devidamente comprovadas, é de rigor possibilitar ao Ministério Público em seu próprio interesse argüir eventual imparcialidade do juiz.

1.15 O Juiz Instrutor do Processo Penal e o Princípio da Imparcialidade

Este ponto, pela sua particularidade, normalmente se restringe à análise de processos e procedimentos que tenham a mesma característica daqueles, por exemplo, desenvolvidos no direito processual penal espanhol.

Não obstante o fato de o procedimento penal espanhol ser diverso do sistema jurídico brasileiro, o conteúdo desse item poderá ser de vital importância para a análise daquilo que os processualistas modernos conhecem como “poderes instrutórios” do juiz e seus efeitos no princípio da imparcialidade.²⁶⁶

A particularidade do processo penal espanhol reside no fato de que seu procedimento apresenta duas fases distintas: a instrutória e a propriamente dita, de julgamento.

A questão da imparcialidade ganha relevo quanto à fase instrutória, na medida em que se discute sobre a possibilidade de se invocar a parcialidade do juiz instrutor em decorrência de sua atividade preliminar, nas distintas diligências ou na instrução do sumário. Essa questão permite considerar se o direito ao juiz imparcial somente se projeta sobre a fase de julgamento ou se também atinge a fase instrutória.

²⁶⁶ “En principio, por ‘instrucción’ debe entenderse lo previsto en el art. 299 LECrim, esto es, ‘ las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos’. Por tanto, ‘instructor’ de una causa será aquel Juez que participa activamente en la investigación de los hechos criminales y la culpabilidad de los delincuentes. Sin duda alguna, la realización de esta actividad le coloca en una situación psicológica comprometida o poco objetiva en la medida en que habrá tenido un contacto directo con lo que, posteriormente, será objeto de debate, e incluso habrá podido emitir provisionales de culpabilidad. Al respecto, cfr. MARTÍN-GRANIZO, M. Fernández. Notas sobre la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 16 de octubre de 1984 (“De Cobre”). *Poder Judicial*. N. 4, diciembre, 1986. p.85; DE DIEGO DíEZ, L. A. El principio ‘el que instruye no debe juzgar’ como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal, *Poder Judicial*, n. 8, diciembre de 1987. p. 9; FAIRÉN GUILLÉN, V. La imparcialidad o parcialidad del juez de instrucción penal. *Tapia*. N. 43, diciembre. 1988. p. 5; BERMÚDEZ OCHOA, E. Problemas orgánicos y procesales de la llamada ‘contaminación procesal’. La sentencia del tribunal constitucional 145/88, de 12 de julio, ‘Cuestiones de derecho procesal penal’, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 53. (Citações contidas in PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 93).

A indagação ganha mais relevância no sistema espanhol quando se percebe que o juiz instrutor não é apenas um diretor da investigação, mas, acima de tudo, um juiz de garantias, pois poderá adotar, se necessário for, medida restritiva de liberdade que lhe pareçam imprescindível.

O juiz da instrução investiga e poderá decretar a prisão cautelar do indiciado.²⁶⁷

Observa-se que na fase instrutória, em princípio, não há acusação formal, mas apenas indiciamento.

Havendo risco aos direitos e garantias individuais, o indiciado poderá na fase instrutória do processo penal espanhol suscitar a imparcialidade subjetiva ou mesmo objetiva do juiz instrutor?²⁶⁸

É, precisamente, o fato de o juiz instrutor ter reunido o material necessário para que se celebre o julgamento, de ter estado em contato com as fontes de onde advém esse material que põe, em alerta, todos aqueles que se preocupam efetivamente com a imparcialidade do juiz. Uma efetiva atividade instrutória por parte do juiz instrutor poderá fazer nascer em seu ânimo prevenções e prejulgamentos em relação à culpabilidade do indiciado extremamente perigosas,

²⁶⁷ “En este sentido, la STC 320/1993, de 8 de noviembre (FJ 3º) destaca: ‘constituye un común denominador de todas las medidas cautelares [...] que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación por el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible [...]. La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar’. De igual modo, vid. las SSTC 145/1988, de 12 de julio (FJ 7º); 11/1989, de 24 de enero (FJ 4º), y la 151/1991, de 8 de julio (FJ 4º)”. (Idem. Ibidem. p. 95).

Contudo, recentemente o Tribunal Constitucional espanhol alterou seu posicionamento sobre a questão da concessão de medidas cautelares e a imparcialidade do juiz. Assim, a STC 60/1995, de 17 de março (FJ 6º), amparando-se na doutrina apresentada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Hauschildt, estabelece que quando a prisão provisória se ordena a requerimento do Ministério Público e o réu encontra-se assistido por advogado, o Juiz não perde a imparcialidade, já que a assunção da instrução por parte do Ministério Público, unida à plena vigência do princípio do contraditório na adoção da medida cautelar, supre o juiz da imparcialidade necessária para valorar livremente, e como terceiro não comprometido na investigação, o material de fato exclusivamente aportado pelo Ministério Público. (Idem. Ibidem., p. 96).

²⁶⁸ Instrutor, no direito espanhol, será aquele Juiz que realiza as atividades instrutórias e participa de forma ativa nas investigações.

pondo em risco a quebra da imparcialidade objetiva que busca assegurar a separação entre a função instrutória e a julgadora.

O Tribunal Constitucional espanhol (STC 32/1994), preliminarmente, afirmou a compatibilidade com a Constituição espanhola do modelo legalmente vigente do Juiz instrutor, que dirige a investigação criminal e pode, em consequência, determinar de ofício a prática de diligências necessárias para apurar determinados fatos e a sua autoria. Uma vez reconhecida a constitucionalidade desse modelo procedimental penal, o mesmo Tribunal declarou que a perda da imparcialidade se produz somente quando coincidem numa mesma pessoa a função sentenciadora e a atividade instrutória de conteúdo inquisitivo.

Contudo, o próprio Tribunal Constitucional espanhol na STC 69/2001, de 17 de março (RTC 2001, 69) (Vera v. Sala Segunda do Tribunal Supremo), proporcionará uma mudança radical na sua forma de entender a problemática apresentada, reconhecendo ao indiciado o direito ao juiz imparcial mesmo durante a fase instrutória, permitindo-lhe em determinadas circunstâncias suscitar a parcialidade do juiz que instrua a causa. Segundo o Tribunal, em que pese o direito ao juiz imparcial se deixe transparecer com maior evidência na fase de julgamento, onde se estabelece a resolução da causa, isso não impede que se verifique a questão da parcialidade igualmente na fase instrutória.²⁶⁹

A atividade instrutória, na medida em que coloca o juiz em contato direto com o acusado, com os fatos e dados que devem servir para averiguar o delito e suas possíveis responsabilidades, pode provocar no ânimo do instrutor prejulgamentos e impressões que favoreçam ou prejudiquem o acusado no momento de se proferir a decisão.

Não há como negar, evidentemente, que a imparcialidade do juiz estaria seriamente comprometida se o juiz instrutor agisse de ofício, instruindo a

²⁶⁹ “(...)el Juez, en la fase instructora, ostenta la condición no sólo de director de la instrucción, sino que además es juez de garantías, lo que le coloca en una posición no exenta de cierto contenido esquizofrénico y, en cualquier caso, requiere como ‘prius’ que el ciudadano sometido a una instrucción penal y a la adopción por parte del Juez de determinadas medidas cautelares que afecten a sus derechos fundamentales, disponga asimismo de la plenitud del derecho fundamental al Juez imparcial”. (ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 177).

causa de forma inquisitória sem qualquer transparência e respeito ao princípio do contraditório.

No direito brasileiro, essa atividade inquisitória não se coaduna com o princípio da publicidade e do contraditório previstos no processo penal.

Outrossim, havendo a publicidade e o contraditório, a atividade instrutória do juiz deixa de ser inquisitiva, passando a ser uma atividade legítima e necessária para o desenvolvimento da relação jurídica processual penal.

A moderna figura do juiz não se concilia com a imagem anterior de mero espectador de um debate ou de um combate realizado pelas partes no processo; atualmente, exige-se do órgão jurisdicional uma perspectiva ativa, inclusive com efetiva participação no contraditório.²⁷⁰

Evidentemente que se essa participação for demasiadamente prejudicial ao direito fundamental ao juiz imparcial, poder-se-ia pensar na solução preconizada na Espanha, através da abstenção do juiz instrutor e o encaminhamento do processo a outro magistrado para a prolação da decisão.

1.16 Poder Instrutório do Juiz e a Imparcialidade Judicial.

Um aspecto importante a ser tratado diante do princípio da imparcialidade é a questão dos *poderes instrutórios* do juiz no âmbito do processo.

²⁷⁰ “A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de suas função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem *faculdades* no processo, senão deveres e poderes: *infra*, n. 497). A doutrina moderna reporta-se ao disposto no art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês como a expressão da exigência de participar, endereçada ao juiz. Diz tal dispositivo: “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001. p.220).

É muito comum pôr-se em dúvida a atuação *ex officio* do magistrado no âmbito da produção probatória, afirmando-se que tal atividade põe em risco a imparcialidade judicial.

A fim de se estabelecer uma posição quanto a essa questão, passa-se a seguir a uma análise detalhada em relação a alguns aspectos que envolvam o binômio poder instrutório/imparcialidade.

1.16.1 Uma análise da questão sob a égide do sistema acusatório

O método dialético desenvolvido no processo e a condução do órgão jurisdicional a uma posição *suprapartes* fizeram com que certo setor da doutrina considerasse o juiz mero espectador mudo, inerte, nada além de um observador do confronto entre os litigantes, os quais seriam os verdadeiros donos e únicos *dominus litis*, “ (...) debido a la vigencia de los principios dispositivos y de aportación de parte, en el proceso civil, y al principio acusatório en el proceso penal”.²⁷¹

Em relação ao processo civil, desde a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, a legislação processual, em princípio, deixou-se influenciar pelo figurino francês do Juiz sem expressão, mais ou menos inerte, silencioso, passivo. É, na verdade, “a bizarra figura do Juiz fantoche ou Juiz manequim”.

O processo em que o juiz se mostra um mero “fantoche” está nitidamente demarcado pelo princípio individualista nascido da Revolução Francesa.

No que diz respeito ao processo penal, a questão inverte-se.

²⁷¹ PICÓ I JUNOY, J. Op. Cit., p. 104.

É importante assinalar que em razão da diferenciação entre ilícito civil e ilícito penal, reclama-se, também, distinção entre princípio dispositivo e acusatório, uma vez que o primeiro se fundamenta na titularidade privada do interesse em jogo, enquanto que o segundo em uma realidade absolutamente distinta.

Inicialmente, no processo penal, a postura do órgão jurisdicional era mais dinâmica, pois o processo apresentava um caráter nitidamente inquisitório.²⁷²

Posteriormente, esse modo de atuação passou a sofrer restrição, exigindo-se como forma de garantir a imparcialidade judicial a passividade do julgador (está-se diante do sistema acusatório).²⁷³ Esse princípio é mais evidente na questão da produção probatória, pois o juiz ao exercer de *ofício* a iniciativa probatória poderia estar sujeito a prejulgamentos em relação à matéria que lhe fora trazida à decisão.²⁷⁴

No processo penal acusatório “puro” de origem anglo-saxão, as partes são as únicas capacitadas a poder aportar as provas, “partisan fact-gathering”, ao processo. E isso decorre porque o processo, como instrumento técnico que é, somente se concebe de forma unitária, “(...) bajo una misma filosofía liberal antiintervencionista con distintos fundamentos gnoseológicos y sociológicos”.²⁷⁵

²⁷² “Il proceso inquisitorio è essenzialmente *scritto* e *segreto* e vi manca qualsiasi contraddittorio, che non sarebbe neppur concepibile data la mancata contrapposizione delle parti fondamentali (*accusa e difesa*). (PISAPIA, G. D., Op. Cit., p. 19).

²⁷³ Por modelo acusatório deve entender-se um processo de partes, ou, como assinala José Antonio Díaz Cabiale, um modelo “adversarial”, de adversários que se enfrentam, que lutam ou combatem entre um árbitro passivo que acabe por dar a razão à parte mais hábil. (CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. XXI. e 191).

²⁷⁴ “Aunque cuando analizamos la imparcialidad hacemos referencia a la doctrina, baste como ejemplo en este momento la argumentación de CARRERAS, J. “Facultades materiales de dirección”, en *Estudios de derecho procesal, con Fenech*, Barcelona, 1962, p.263, para negar la posibilidad de aumentar los poderes materiales del Juez, que resultaría una ‘aventura muy peligrosa, que llegara a atentar con el bien supremo de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales’, p. 264. El mismo GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943, p.49 y ss., consciente del peso de esta opinión la critica fuertemente, y precisamente alude como ejemplo al proceso penal. Y en el mismo sentido GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: *La socialización del proceso. Constitución, Derecho y Proceso*, en *Estudios en memoria de Herce y Duque*, Zaragoza, 1983, p.428 a 432, aclara que el Juez se convertiría en un ‘asistente social’, perdiendo la imparcialidad, si abandonara su carácter de ajenidad respecto al proceso”. (Idem. Ibidem.,p. 72).

Em razão dessa tendência doutrinária, não é de se estranhar uma inclinação de recente jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, no sentido de preconizar que a iniciativa probatória *ex officio iudicis* prevista no artigo 729.2 LECrim comporta infração ao princípio acusatório, comprometendo a imprescindível imparcialidade judicial, razão pela qual se põe em dúvida a constitucionalidade da aludida norma (Sentença do Tribunal Supremo de 23 de setembro de 1995, FJ 2º (Repertório de Jurisprudência Aranzadi, n. 6756)).

²⁷⁵ Idem. Ibidem.,p. 223.

O processo do tipo acusatório, segundo Gian Domenico Pisapia, é historicamente ligado ao sistema do *giuria popolare*, que emite um veredicto, de regra imotivado, enquanto ao juiz é reservado exclusivamente o dever de determinar a pena com base na afirmação de culpabilidade operada pelo júri.²⁷⁶

Em face desse novo remodelamento do processo penal, em torno do princípio acusatório, o órgão jurisdicional viria a ocupar uma posição distinta das partes, de *neutralidade*, o que lhe permitiria apreciar a questão sem se deixar conduzir por paixões, sem desigualar ou desequilibrar a posição dos sujeitos da relação jurídica, alcançando um resultado mais justo e segundo os ditames dos direitos fundamentais do acusado.

Introduz-se, dessa maneira, uma alteração importante no panorama probatório do processo penal, na medida em que desaparece a figura do órgão jurisdicional como sujeito ativo da instrução do processo. Ao mesmo tempo, reclama-se a participação do Ministério Público como parte da relação jurídica processual penal, desvinculado e separado do poder executivo, permitindo-lhe assumir muitas das funções que o órgão jurisdicional teve que abandonar para se instalar numa posição interpartes da relação.

Essa nova perspectiva do processo penal, regida pelo princípio acusatório, fez com que, por exemplo, a jurisprudência e a doutrina passassem a enaltecer o aludido sistema, consagrando-o de forma quase absoluta, afirmando que não haveria mais possibilidade de se discutir eventual participação do órgão jurisdicional na questão da produção probatória. Realçou-se a formulação de um binômio: princípio acusatório = quietude probatória do órgão jurisdicional.²⁷⁷

Mas essa postura doutrinária e jurisprudencial que visa identificar o princípio acusatório à quietude probatória do órgão jurisdicional não está imune a críticas, pois: “(...)mientra que por un lado se reclama mayor actividad probatória

²⁷⁶ PISAPIA, G. D., Loc. Cit.

²⁷⁷ CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 196 e 197.

judicial en el orden civil, por el outro se abogaba por la quietud del órgano jurisdiccional en el orden penal”.²⁷⁸

Evidentemente que a referência a esse paradoxo não tem por finalidade a postulação de uma teoria geral dos poderes do órgão jurisdiccional em matéria probatória.

Em que pese não se sustente uma teoria igualitária no quadro probatório para ambos os ramos processuais, observa-se com certa reserva o pensamento que proclama um tratamento indiscutivelmente diferenciado quanto à iniciativa probatória *ex officio* do juiz no âmbito do processo civil e penal. A moderna concepção de processo (seja ele civil ou penal) que o concebe como um instrumento do poder desenvolvido através de uma relação jurídica em contraditório, reclama um maior intercâmbio na condução probatória entre os sujeitos processuais, seja no processo civil como no processo penal.²⁷⁹

Na atualidade, e desde que superada a concepção de oficialidade em todos os sistemas civilizados, pode-se afirmar que não existe um modelo adversarial puro, nem mesmo o processo norte-americano ou qualquer outro de origem anglo-saxão entendem o processo como processo de partes com caráter absoluto, senão de que o predomínio adversarial dependerá da fase processual.²⁸⁰ É necessária a libertação do clamor histórico da época da República romana, fonte inspiradora do modelo acusatório, através do processo das “questiones”, ley Calpurnia, 149 a.C. e das leis Acilia ou Sempronia, 123 ou 112 a. C., onde se

²⁷⁸ Idem. Ibidem., p. 199.

²⁷⁹ “Segundo a concepção tradicional, o princípio do contraditório exprimia estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes, a exigência de equilíbrio das forças, traduzindo-se na necessidade de lhes garantir a possibilidade de desenvolverem plenamente a defesa de suas próprias razões. Mas a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório postula a necessidade de equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração no justo processo”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual* – de acordo com a constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Ed. Forense Universitária Ltda, 1990. p. 7).

²⁸⁰ “En la actualidad, y desde que se supera la concepción de oficialidad en todos os sistemas civilizados, puede decirse que no existe un modelo adversarial puro, precisamente por esa circunstancia, ni siquiera el proceso norteamericano o cualquier otro de corte anglosajón entiende al proceso penal como un proceso de partes con carácter absoluto, sino que el predominio de la configuración adversarial dependerá según de qué fase del proceso se trate”. (CABIALE. J. A. D., Op. Cit., p. 217).

estabeleceu que para certos delitos públicos sua persecução pelo Estado poderia estar condicionada à iniciativa de um cidadão privado como acusador.²⁸¹

Não se pode continuar simplesmente apegado acriticamente ao passado, pois, sequer para os herdeiros do Império Romano há servido o princípio acusatório “puro” de inspiração.

Aliás, conforme já teve oportunidade de afirmar Gian Domenico Pisapia, “(...) in nessun paese oggi è più accolto né il sistema accusatorio puro né quello inquisitório”.²⁸²

Portanto, fragilizada encontra-se a justificação da inércia probatória do juiz no processo penal consubstanciada no sistema acusatório.

Conceber a impossibilidade de se atribuir atividade probatória ao órgão jurisdicional como manifestação do princípio acusatório, anota Joan Pico i Junoy, é somente o resultado de uma evolução jurisprudencial pouco reflexiva, que, tendo por intenção reforçar ao máximo as garantias de imparcialidade, não observou que o processo é um instrumento que possuem os juízes e os tribunais para levar a bom termo sua função jurisdicional (artigo 117 da Constituição espanhola), pelo que é totalmente inadequado não atribuir ao julgador as faculdades necessárias que lhe permitam cumprir justa e eficazmente a função jurisdicional, sem menosprezar, é evidente, algum direito processual das partes.²⁸³

²⁸¹ Idem. Ibidem., p. 204.

²⁸² PISAPIA, G. D., Op. Cit. Loc. Cit..

²⁸³ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit. Loc. Cit.

Na verdade, a maior ou menor participação do órgão jurisdicional no campo probatório decorre de cada situação fática, e segundo a necessidade de consagrar concretamente determinados valores fundamentais que servem de garantia ao processo penal.²⁸⁴

1.16.2 Os princípios informadores do processo penal e civil como critério diferenciador da atividade probatória *ex officio*

Não sendo o sistema acusatório, por si só, fundamento para justificar a inércia probatória do juiz no processo penal, seria talvez a natureza dos princípios que regem cada processo (civil ou penal) a razão suficiente para se postular um tratamento diferenciado em cada ordem processual?

Até pouco tempo, o pensamento tradicional moldava a ordem processual civil com base na figura de um juiz passivo e inerte no âmbito da instrução probatória com fundamento no denominado princípio dispositivo²⁸⁵ e do que seria seu corolário lógico: “aportación da parte” ou “contribuição da parte”.

²⁸⁴ “Pretendemos evitar en definitiva una situación que nos parece altamente peligrosa, vistos los problemas que ha suscitado en el orden civil: el justificar las exigencias del sistema en base simplemente al juego de principios o modelos procesales abstractos. No parece que la intervención mayor o menos del órgano jurisdicional en sede probatoria pueda o deba resolverse tan solo con el expediente del juego del principio acusatorio. Es cierto que puede existir una idealización de un modelo procesal que configure la intervención del Juez en un sentido u otro. Pero lo que verdaderamente tiene importancia para el desarrollo de la ciencia procesal es la configuración de un sistema de acuerdo con exigencias concretas, es decir construyendo un modelo que permita preservar los valores que la sociedad en cada momento determinado haya decidido consagrar como derechos fundamentales”. (CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 197 e 198).

²⁸⁵ O princípio dispositivo se reflete em três brocardos que lhe dão unidade tanto em sua natureza como em suas origens: “ne procedat iudex ex officio”, “ne eat iudex ultra vel extra petitum partium” e “iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium”.

Cappelletti assinala como características do princípio dispositivo: “a) poder monopolístico de la parte de iniciar el proceso (...); b) pleno poder de las partes de disponer negocialmente del objeto del proceso (...); c) vínculo del Juez a las demandas de las partes (...); d) vínculo, además, del Juez a las alegaciones (*allegata*) de las partes, sea respecto a los hechos constitutivos, o sea también, a modo de máxima, respecto a los hechos impositivos o extintivos (...); e) vínculo del Juez a los *probata a partibus* (...); f) poder monopolísticos de las partes de proponer las impugnaciones y de determinar sus límites y objeto”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 99).

Para Enrico Tullio Liebman (defensor do princípio da “contribuição da parte” como exigência para salvaguardar a imparcialidade no processo civil), não se pode duvidar que a imparcialidade do juiz fica comprometida quando deva julgar com base em prova eleita e buscada por ele mesmo e por sua iniciativa desenvolvida no processo.²⁸⁶

No processo penal, ao contrário, num primeiro momento e com base no princípio da oficialidade, o juiz deveria mostrar-se mais ativo na realização dos atos probatórios para alcançar a verdade.²⁸⁷

Ocorre que, tanto no processo civil como no processo penal esse panorama vem sofrendo profundas modificações, conforme já se teve oportunidade de realçar.

Na ordem processual civil, a doutrina vem sustentando como justificação teórica para ampliação da atividade probatória do órgão jurisdicional a existência de uma crise na construção das “Máximas” alemãs, origem da elaboração do “princípio dispositivo”.

A doutrina alemã, no início do século XX, já vinha consagrando a diferenciação entre “princípio dispositivo em sentido estrito” e o princípio de “contribuição da parte” ou “*aportación de parte*”. Com base nessa distinção, o princípio dispositivo permaneceria preservando à disposição da parte o início do processo, assim como a possibilidade de encerrá-lo mediante a renúncia, transação e desistência, tendo a parte domínio sobre o próprio objeto do processo. Ao “contrário sensu”, o princípio da “contribuição da parte” não teria caráter necessário, seria contingente. O fato de que somente as partes poderiam aportar ao material

²⁸⁶ “(...) e non potendosi dubitare che l'imparzialità del giudice rischia di rimaner compromessa quando egli debba giudicare di una prova da lui stesso prescelta e cercata e per sua iniziativa acquisita al processo. Anche per questa parte del suo compito poteri attivi 'non potrebbero essere conferiti direttamente al giudice senza snaturarne la funzione, basata sulla necessaria distinzione psicologica tra l'agire e il giudicare (...)”. (LIEBMAN, E. T., Op. Cit., p. 561).

²⁸⁷ “A *verdade processual* não assenta numa idéia de certeza científica comprovada, mas sim numa ideia de probabilidade. Na expressão de Germano Marques da Silva, ‘ela não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como pressuposto da decisão, obtida por meios processualmente válidos”. (GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – o processo penal prático*. 2. ed. revista e actualizada. Coimbra: Almedida, 2002. p.139).

fático e aos meios de prova conferidos pelo sistema jurídico seria uma opção do legislador que não teria porque subsistir, ao menos de forma plena. Tal postura é uma tentativa de se desligar a atividade probatória do princípio dispositivo. O princípio dispositivo deveria ser mantido apenas em relação ao momento em que o litígio possa ser invocado pela petição da parte, e como delimitador da decisão sobre a matéria litigiosa inserida dentro dos limites da demanda. Porém, uma vez que as partes determinaram o alcance do litígio, deve ficar a cargo do juiz realizar o que for necessário para o esclarecimento do assunto; não se pode deixá-lo reduzido aos fatos e meios de provas apresentados pelas partes.²⁸⁸

Em face dessa concepção doutrinária alemã, em que se realiza uma efetiva diferenciação entre o princípio dispositivo e o princípio da participação da parte, é que atualmente se postula uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.

No processo penal, conforme já se asseverou, a corrente dominante advoga uma maior atuação do “princípio acusatório”, cuja consequência mais evidente é a passividade probatória do órgão jurisdicional.

Parece, assim, que o processo civil e o processo penal resultam de jogos²⁸⁹ distintos de princípios que imperam em cada um deles, baseados por sua vez nos diferentes interesses que se pretende tutelar, percorrendo caminhos diversos, senão, por vezes, opostos.

Em face dessa incongruência doutrinária, não teve dúvida em afirmar de La Oliva Santos:

Adviértase, por último, que el procesalista se encuentra ante una situación muy próxima a la de tener una doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del

²⁸⁸ CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 11.

²⁸⁹ “Este recurso literario al ejemplo deportivo no debe interpretarse torcidamente, pues nada mas lejos de la concepción que aquí se mantiene sobre el proceso penal que la de un juego entre partes. El proceso penal no es, ni en Estados Unidos, ni en país alguno en que exista monopolio del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, un proceso privado entre partes que disponen libremente su objeto. La tan denostada referencia al ejemplo deportivo se emplea en este contexto con una pretensión bien distinta, esto es, para reforzar la imagen de que el proceso jurisdiccional (...) es en esencia, un debate equitativo y contradictorio entre partes”. (ORTIZ, M. I. V., Op. Cit., p. 54).

Juez civil, terminando con el Juez espectador, hasta reconocerle la posibilidad de que ordene pruebas de oficio, y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del Juez penal, hasta el extremo de que no pueda ordenar pruebas de oficio, con lo que se le convierte en Juez pasivo. Estamos incurriendo en el absurdo de afirmar y negar una misma cosa, con lo que podemos estar muy próximos a la esquizofrenia.²⁹⁰

E essa “dupla personalidade” torna-se muito mais evidente quando se sustenta a inércia do órgão jurisdicional no processo penal, não só em razão do princípio acusatório “absoluto”, mas, principalmente, pelo fato de que eventual atividade probatória *ex officio* macularia a imparcialidade do juiz, como se a imparcialidade judicial pudesse ontologicamente ser coisa distinta no âmbito do processo civil e do processo penal.²⁹¹

Somente diante de uma “esquizofrenia”, nos termos de La Oliva Santos, é que se pode sustentar que a atividade probatória *ex officio* do órgão jurisdicional no processo civil não causa qualquer dano ao direito fundamental de um juiz imparcial, e, ao mesmo tempo, mudar o discurso diante do processo penal. Em outras palavras:

(..) la consideración de si el órgano jurisdiccional pierde su imparcialidad cuando practica actividad probatoria es válida en todos los procesos jurisdiccionales, sin que puedan crearse compartimentos estancos basados en principios antagónicos.²⁹²

Aliás, se o princípio ou direito fundamental da imparcialidade fosse motivo suficiente para impedir alguma instituição de realizar atividade processual probatória, a maioria dos atos instrutórios praticados pelo Ministério Público no processo penal seriam inválidos, pois, modernamente, não se concebe a existência de um órgão do Ministério Público que não seja *imparcial*.

²⁹⁰ Apud CABIALE, J. A. D., Op. Cit., Loc. Cit.

²⁹¹ “(...)no es lógico aplicar uno al proceso civil, a la par que se decide por el opuesto en el proceso penal, pues, como se ha indicado certeramente, ello puede provocar la ‘esquizofrenia’ procesal. En definitiva, si se opta por un modelo que permite la investigación de oficio es impensable tratar de argumentar que el juez pierde la imparcialidad al practicar actividad probatoria, porque los postulados teóricos en que se basa, la búsqueda de la verdad a través de una participación directa del juez en la práctica de la prueba, son absolutamente contrarios a esa idea”. (Idem. Ibidem., Loc. Cit.).

²⁹² Idem. Ibidem., p. XXIV.

Em relação ao Ministério Público seria correto afirmar:

(...) que es una parte imparcial y determinada por la legalidad, pero en cambio se admite que un mismo Fiscal participe en la instrucción (y en algunos países incluso la realiza el mismo) y luego acuse en el juicio oral, para el cual, si el intervenir en la instrucción afectara a la imparcialidad, habría dejado de ser parte imparcial (...) no podrá negar-se que si el haber participado en la instrucción afecta a la imparcialidad, también debería de afectar a la del Ministerio Público.²⁹³

É bem verdade que para parte da doutrina, o que se exige do Ministério Público é a denominada imparcialidade subjetiva, afirmando-se que a imparcialidade objetiva restringir-se-ia apenas à atividade jurisdicional. Em razão disso, a atividade instrutória desenvolvida pelo *Parquet* na relação jurídica processual penal não faz com que ele perca a imparcialidade subjetiva.

Contudo, conforme já tivera oportunidade de afirmar o próprio Joan Pico I Junoy, além de ser criticável a distinção entre imparcialidade subjetiva e objetiva, é possível observar que todas as causas concernentes à imparcialidade objetiva, de certa maneira, afetam a denominada imparcialidade subjetiva.

Não é suficiente, assim, constatar o fato de que o juiz sentenciador realizou atos de natureza instrutória, senão que é preciso demonstrar, mesmo que indiciariamente, que aludida atividade, concretamente, possibilitou provocar em seu ânimo prejuízos que efetivamente comprometeram sua imparcialidade.

Diante disso, o recurso à imparcialidade do juiz como mecanismo de proibição de atividade probatória *ex officio* do juiz, deve apresentar tratativa unívoca tanto no processo penal como no processo civil, não se concebendo diferenciações abstratas e inconsistentes.²⁹⁴

²⁹³ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 89.

²⁹⁴ “Por ello nos parece evidente que cuando se plantea la imparcialidad del órgano jurisdiccional y la práctica de la prueba, no cabe hacer compartimentos estancos para cada uno de los procesos, y decir que lo que tiene validez para el proceso civil en esta materia no tiene aplicación para el proceso penal, contencioso administrativo o laboral. Si la afirmación según la cual el órgano jurisdiccional cuando practica pruebas toma partido respecto de una de las partes, pierde la imparcialidad, es cierta, debe serlo para todos los órganos jurisdiccionales sin distinción”. (CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 402).

Na verdade, não há princípios autônomos ou distintos que justifiquem tratativa diferenciada em relação à iniciativa probatória em cada âmbito processual, razão pela qual, se se postula maior ampliação dos poderes instrutórios no processo civil, o mesmo deverá acontecer em relação ao processo penal, e vice-versa.

1.16.3 O princípio acusatório e o objeto do processo

Ainda quanto à questão da atividade probatória *ex officio* do juiz, observa-se que há um erro jurídico elementar na posição doutrinária e jurisprudencial que reclama um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal quanto à iniciativa probatória do juiz. Esse erro consubstancia-se no fato:

(...)de no distinguir entre objeto del proceso y proceso mismo: si bien respecto del primero el juzgador no puede tener iniciativa; con referencia al proceso debe atribuírsele, con ciertos límites, la posibilidad de actuar *ex officio*, pues sólo así el proceso se convierte en un instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses en conflicto.²⁹⁵

O juiz não deve realizar atividades probatórias que tenham por finalidade alterar o objeto do processo delimitado pelo princípio acusatório, pois, caso contrário, estaria fazendo às vezes de um juiz inquisitor e, conseqüentemente, ferindo o princípio da imparcialidade.

A questão, na verdade, não é de se justificar a inércia do julgador no princípio acusatório, mas estabelecer o âmbito de aplicação desse princípio quanto à iniciativa *ex officio* do órgão jurisdicional.

Nesse aspecto, conforme afirma José Antonio D. Cabiale, pode-se formular contornos precisos em relação ao princípio acusatório:

(...)el principio acusatorio exige que todos los hechos que sirvan para la identificación del objeto del proceso sean introducidos y

²⁹⁵ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., Loc. Cit.

mantenidos hasta el trámite de las calificaciones definitivas, por una persona distinta al órgano jurisdiccional.²⁹⁶

O princípio acusatório incide, portanto, no âmbito dos fatos articulados pela peça inicial da persecução penal, impedindo que o órgão jurisdiccional introduza no âmbito da relação jurídica processual penal outros fatos que não aqueles delimitados pela acusação; o princípio acusatório, “*nemo iudex sine actore*”, pode ser interpretado como: “nenhum fato (que identifica o objeto) sem acusador”.²⁹⁷

Por outro lado, em que pese o juiz não tenha disponibilidade sobre o objeto do processo, o qual foi delimitado pelo conteúdo fático trazido pela parte “acusatória”, o mesmo não ocorre em relação ao resultado da atividade jurisdiccional, sempre dependente das provas apresentadas e colhidas na relação jurídica processual.

Tendo em vista que a atividade jurisdiccional visa a um *processo justo e equânime*, justifica-se que o órgão jurisdiccional possa realizar as diligências necessárias no sentido de concretizar e alcançar a efetiva tutela jurisdiccional, sem que se possa falar em mácula ao princípio acusatório ou ao princípio da imparcialidade do juiz.

Há, portanto, que se distinguir entre provas e fatos (“*probata*” et “*allegata*”), pois constituem realidades distintas. Enquanto o elemento fático identifica a “causa de pedir” e, assim, somente é essencial no momento de se delimitar o objeto do processo, a prova de sua constituição é inerente ao desenvolvimento da relação jurídica processual e está intimamente ligada ao resultado último da atividade jurisdiccional.²⁹⁸

Além do mais, conforme já se asseverou, qualquer atividade prejudicial à imparcialidade do juiz durante o desenvolvimento de sua atividade

²⁹⁶ CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 362.

²⁹⁷ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

²⁹⁸ Idem. Ibidem., p. XIX.

probatória *ex officio*, será suficiente que o juiz instrutor, assim como na Espanha, não realize o julgamento.

1.16.4 O ativismo judicial probatório e a paridade de armas

Estando a atividade jurisdicional vinculada ao direito público, justifica-se um maior ativismo probatório do juiz no processo. Esse argumento que foi muito utilizado para ampliar os poderes instrutórios do juiz no processo civil²⁹⁹, com maior razão serve de suporte para o processo penal.

Se o exercício do poder jurisdicional prende-se à tutela do direito de liberdade em face do *jus puniendi* estatal, tudo o que possa contribuir para a realização dessa finalidade deve ser, em princípio, bem recebido e aprimorado.

A busca incessante por um processo *justo e equo* não convive com o postulado de inércia ou apatia de qualquer sujeito da relação jurídica processual.

O juiz, muitas vezes, na incansável perseguição a um processo *justo e equo*, depara-se com o total desequilíbrio das partes na relação jurídica processual, o que poderá causar sérios prejuízos ao princípio da igualdade de armas.

É dever do órgão jurisdicional zelar pela igualdade de armas.

A existência de uma desigualdade de armas entre os sujeitos da relação jurídica processual e a exigência de inércia do órgão jurisdicional são

²⁹⁹ “(...)O processo é o instrumento mediante o qual se exerce uma função pública, havendo predominante interesse do Estado em seu desenvolvimento. Assim, não pode o juiz ser reduzido a mero espectador do debate travado pelas partes”.(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. p. 95).

posturas incongruentes que não se adequam ao caráter público do poder jurisdicional.³⁰⁰

A tese formulada neste trabalho da “parcialidade positiva” do juiz tem justamente por objetivo preservar o embate modernamente civilizado de uma autêntica “paridade de armas”, razão pela qual:

(...)onde se perceba, nesse embate, um injustificado desequilíbrio da balança a favor de uma das partes, não se pode esperar justiça da sentença, que pelo fato em si mesmo injusto, quer pela ilação de que não se chega ao conhecimento da verdade diante de duas versões ou afirmações contrárias se a uma e outra parte não se confere igual chance de dizer e demonstrar o que alega.³⁰¹

Sob a perspectiva da igualdade de armas, Vittorio Denti define a posição do juiz como resultado de uma dupla concepção garantista, que visa salvaguardar dois princípios fundamentais, liberdade e *igualdade*. Essa dupla concepção seria: a) vetor-garantístico – baseado na defesa do princípio dispositivo em um sentido processual, isto é, como garantia de neutralidade e imparcialidade do juiz; b) “neo-garantístico” que procura a *efetiva igualdade* das partes.³⁰²

³⁰⁰ “En el mismo sentido, justifica la posibilidad de actuación probatoria de oficio en la búsqueda de la verdad material Maza Martín, J. M., ‘Posibilidades y límites de la actuación de oficio de Jueces y Tribunales durante el plenario’, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXVIII, 1995, pág. 83. Sus palabras son suficientemente expresivas de una determinada ideología acerca del proceso penal: ‘El fundamento que en nuestro ordenamiento encuentra esta atribución a quien ha de juzgar de ciertas facultades de influencia directa en la producción del resultado probatorio, tanto de cargo como de descargo, a iniciativa propia, es evidente. La norma procesal básica, nuestra por tantas causas venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, es clara y reiterada en indicar la búsqueda de la verdad material como fin principal de procedimiento (principio de ‘oficialidad’), por lo que nada tiene de extraño que, ante la obtención de esa finalidad principal, no repare en atribuir competencias al Tribunal que, a juicio del legislador, conduzcan a dicho fin’. En la misma línea Saavedra Ruiz, J., ‘La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los arts. 729 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal’, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. X, 1994, pág. 37-38, considera desmesuradamente ampliado el contenido de la imparcialidad objetiva cuando se exige la pasividad probatoria del Juez en el acto del juicio oral. Las razones de tal concepción vuelven a poner de relieve una concepción sustancialista del Derecho penal: ‘(...) el Juez no puede ser un destinatario pasivo del juicio por lo valores que hay en juego, porque no es posible tampoco fragmentar el principio de tutela judicial (acusado-víctima) y porque la búsqueda de la verdad material es una exigencia en sí misma de todo el proceso penal, siendo todo ello compatible con las garantías del acusado’.” (ORTIZ, M. I. V., Op. Cit., p. 167).

³⁰¹ CRUZ, R. S. M., Op. Cit., p. 101.

³⁰² DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Ano XXXVIII, n. 3, (726-739), p. 729., settembre-1984.

A *efetiva igualdade* das partes reclama, também, a efetividade do contraditório, pois:

(...).Effettività del contraddittorio non significa, peraltro, soltanto dibattito delle questioni tra le parti, ma concreto esercizio del diritto di difesa ai fini della formazione del convincimento del giudice, e, quindi, garanzia che la difesa non sia lacunosa o insufficiente. I poteri istruttori d'ufficio si collocano così in un quadro più ampio, che abbraccia tutte le iniziative volte a rendere effettiva la difesa, in diritto e in fatto (...).³⁰³

É necessário, portanto, estabelecer-se mecanismo que possam compensar essa desigualdade congênita e permita a todos que participarão da relação processual atuarem em *igualdade de armas*.

A partir do momento em que se postula a existência de um processo *justo e equo*, legitima-se maior atuação do órgão jurisdicional tanto no processo civil como no processo penal, uma vez que eventual atividade probatória *ex officio* não tem o condão, por si só, de ferir o direito fundamental ao juiz imparcial.

Recorde-se que o exercício probatório realizado pelo órgão jurisdicional tanto pode reforçar a tese da acusação, como, pelo contrário, favorecer ao acusado. “Entre otras cosas porque esa actividad puede versar tanto sobre los hechos que dan lugar a la responsabilidad criminal como sobre los hechos que la excluyen”.³⁰⁴

Além do mais, assim como nenhuma das partes da relação jurídica processual penal tem absoluta certeza sobre o resultado do meio de prova a ser realizado, muito menos o órgão jurisdicional possui essa certeza, “(...)por lo que ni siquiera la decisión de acordar la práctica de prueba sobre un hecho implica una predeterminación del resultado”.³⁰⁵

³⁰³ Idem. Ibidem., p. 732.

³⁰⁴ CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 456.

³⁰⁵ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

Mas qual seria a razão desse ativismo exercido pelo órgão jurisdicional e que o conduz à realização de ofício de alguns meios de prova visando à paridade de armas? A resposta está consubstanciada na:

(...)busca tan sólo determinar la verdad o no del hecho para poder dictar la sentencia más justa, en cuanto se acomode lo mejor posible a la realidad. Esta es la diferencia fundamental entre la práctica de la prueba por parte del órgano jurisdiccional y la de la parte.³⁰⁶

Não se pode negar, evidentemente, que sempre haverá um componente ideológico na escolha de uma posição a favor ou contra da participação do juiz na atividade probatória.³⁰⁷ Porém, mais importante que esse componente ideológico, é estabelecer a justa medida dessa participação.

1.16.5 A produção probatória *ex officio* no direito comparado

A Lei portuguesa n. 43, de 26 de setembro 1986(Lei de Autorização Legislativa em Matéria de Processo Penal), que autorizou ao Governo Português aprovar um novo Código de Processo Penal e revogar a legislação vigente sobre essa matéria (art. 1º), prescreveu a observância do *princípio da investigação judicial* como medida de participação do juiz na atividade instrutória do processo penal. Esse princípio foi assim formulado no artigo 2º, alínea 4, da Lei autorizativa:

1 - O Código a elaborar ao abrigo da presente lei observará os princípios constitucionais e as normas constantes de instrumentos internacionais relativos aos direitos da pessoa humana e ao processo penal a que Portugal se encontra vinculado.

2 - A autorização referida no artigo anterior tem o seguinte sentido de expressão:

(...)

4 – Estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, *temperada com o princípio da investigação judicial*.(grifo nosso)

³⁰⁶ “Así, cuando se habla de imparcialidad del órgano jurisdiccional y atribución de facultades probatorias al mismo, lo que se está discutiendo en realidad es si el proceso pertenece exclusivamente a las partes o por el contrario el órgano jurisdiccional debe participar en él”. (Idem. Ibidem.,p. 457 e 458).

³⁰⁷ DENTI, V., Op. Cit., p. 726.

O *princípio da investigação judicial*,³⁰⁸ recomendado pela Lei autorizativa, foi efetivamente consagrado no Capítulo III – Da produção da Prova – artigo 340º (Princípios gerais) do Código de Processo Penal Português, com as seguintes características: O Tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. Se o tribunal considerar necessário a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta.

Muito embora o modelo processual penal português tenha carácter nitidamente acusatório, não há qualquer incompatibilidade de que venha a ser temperado pelo denominado *princípio da investigação judicial*, também conhecido pelo nome de *princípio da verdade material*.³⁰⁹ Trata-se, portanto, de uma estrutura acusatória integrada pelo *princípio da investigação judicial*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português legitima o *princípio da investigação judicial*, estabelecendo para o seu exercício alguns requisitos, a saber:

- 1) O princípio da investigação oficiosa no processo penal tem os seus limites previstos na lei e está condicionado, desde logo, pelo princípio da necessidade, uma vez que só os meios de prova cujo conhecimento se afigure necessário para habilitar o julgador a uma decisão condenatória ou absolutória devem ser produzidos por

³⁰⁸ “O *princípio da investigação* constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. (...). A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou do tribunal para apurar os fatos, acima e além da vontade das partes”. (DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 67, jul./set., p. 79).

³⁰⁹ “Mas este princípio tem limites:

Os meios de prova admissíveis são aqueles cujo conhecimento se afigure necessário para a descoberta da verdade e boa decisão da causa (n. 1). É o afloramento do *princípio da necessidade*.

Os meios de prova permitidos são aqueles que forem legalmente admitidos (n. 3 e *princípio da legalidade*, consagrado no art. 125º).

Os meios de prova a produzir deverão ser adequados ao objeto da prova – *princípio da adequação*, aflorado no n. 3.

Os meios de prova hão-de ser de obtenção possível – *princípio da obtenibilidade*, consagrado no n. 4, al. b).” (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de processo penal – anotado e comentado – legislação complementar*. 13.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.666).

determinação do tribunal na fase do julgamento, oficiosamente ou a requerimento dos sujeitos processuais.³¹⁰

2) Resulta dos princípios da verdade material e da investigação, contidos, respectivamente, nos n.ºs 1 e 2 do art. 340º do CPP, que o tribunal tem o poder-dever de investigar o facto sujeito a julgamento e construir por si mesmo os suportes da sua decisão, independentemente das contribuições dadas para tal efeito pelas partes em litígio. Daqui resulta que o tribunal deve, oficiosamente ou a requerimento das partes, ordenar a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure essencial à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, não estando, obviamente, circunscrito aos meios de prova constantes da acusação, da contestação ou da pronúncia (...).³¹¹

O *princípio da investigação judicial* significa, em última análise, que recai sobre o juiz o ônus de investigar e determinar oficiosamente o fato e a autoria submetidos à apreciação judicial. Ele impede,

(...)que recaia sobre as partes qualquer ônus de afirmar, contradizer e impugnar, e impõe ao tribunal que se socorra não apenas dos meios de prova apresentados pelos sujeitos processuais mas que recorra oficiosamente a outros meios cujo conhecimento se afigure necessário à descoberta da verdade e boa decisão da causa.³¹²

Segundo afirmam Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, o *princípio da investigação* criminal do direito português recai sobre o órgão jurisdicional a quem se confere o dever de investigar e esclarecer, se necessário oficiosamente, o fato submetido ao julgamento, retirando-se das partes – Ministério Público e defesa - qualquer ônus da prova.³¹³

No processo penal alemão, por sua vez, o Juiz está investido na obrigação de apurar a verdade material (prgf 244 coma 2 StPO), razão pela qual, já

³¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de julho de 1993, Proc. N. 43022/3ª.

³¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de dezembro de 1996, *in* Boletim do Ministério da Justiça, n. 462, p. 286.

³¹² GONÇALVES, F.; ALVES, M. J. Op. Cit., p.138 e 139.

³¹³ “Tanto mais que, o Ministério Público encontra-se vinculado a critérios de estrita objetividade (o que demonstra que ele não é parte no processo penal. Ele estará apenas interessado no resultado do processo, enquanto tal resultado corresponder à realização da Justiça e do Direito(...)).”(GONÇALVES, F.; ALVES, M. J., Op. Cit., p. 140).

na fase intermediária do procedimento pode dispor de atuações probatórias para o melhor descobrimento dos fatos.

Para Ernst Beling, a investigação da verdade material, enquanto critério que vai marcar as diferenças entre a atividade probatória penal e civil, denota-se pelas seguintes características:

- a) não existe a obrigação das partes em provar os fatos;
- b) que a conformidade dos fatos alegados pelas partes não exime o juiz de sua comprovação;
- c) não existe a figura do ônus da prova formal, assim o juiz pode utilizar os meios que estime conveniente; e
- d) o juiz é quem dirige a prática da prova; e) o juiz tem toda liberdade para investigar a verdade, ainda que existam proibições probatórias.³¹⁴

A verdade material como finalidade do processo penal alemão implica a possibilidade de o juiz alemão estender o conteúdo probatório para além daquele que fora delimitado pelas partes. Por isso, “(...) el Juez no es en el proceso penal alemán, por consiguiente, un árbitro neutral, sino que procura él mismo activamente la investigación de la verdad de oficio”.³¹⁵

O poder instrutório do juiz também é previsto no processo penal francês que manteve o juízo de instrução do Código de 1808 (Código de Processo Penal).

³¹⁴ “En particular, el tribunal debe buscar de oficio todos los posibles puntos de vista a favor del imputado (la llamada defensa material del imputado, infra §30). Este principio resulta del propio carácter de toda causa penal, que es una ‘causa pública’. (BELING, Ernst. *Derecho procesal penal*. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 79).

³¹⁵ CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 329.

O artigo 729 da LECrim. reconhece a possibilidade de o juiz realizar provas em caráter complementar, *in verbis*:

(...):

1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

Ao comentar o artigo 729 da LECrim., José Antonio Díaz Cabiale afirma não haver dúvida de que o processo penal espanhol rege-se pelo princípio da “aportación de parte”; porém, em caráter excepcional, permite-se a atividade probatória do órgão jurisdicional para comprovar algum fato que as partes lhe tenham submetido à consideração, seja por falta de prova essencial, ou porque as provas realizadas no processo por iniciativa das partes não foram suficientes para eliminar a dúvida do órgão jurisdicional sobre algum fato relevante. Na verdade, o artigo 729 da LECrim. somente se pode compreender de duas maneiras: ou se consagra a investigação de ofício, e com isso se coloca em relevo uma incongruência e falta de sistematização do legislador, ou simplesmente se considera como uma exceção ao princípio da “aportación de parte”. A conclusão parece evidente, o processo penal espanhol se rege pelo princípio da “aportación da parte” no juízo oral, e a atividade jurisdicional probatória somente pode ser entendida como sendo de aspecto excepcional, isto é, quando seja “absolutamente necessária” sua realização e, fundamentalmente, de forma subsidiária ou complementar.³¹⁶

Em que pese os termos estabelecidos pela LECrim espanhol não sejam suficientemente claros a tal respeito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol vem reiteradamente afirmando que a finalidade do processo penal consiste em alcançar a verdade material, razão pela qual se justifica a produção probatória judicial *ex officio*.³¹⁷

³¹⁶ Idem. Ibidem. p. 323 e 324.

³¹⁷ “Nesse sentido a SSTC 62 de 10 de maio de 1985: ‘(...) estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material (...)’.” (Idem. Ibidem., p. 337).

O próprio Tribunal Constitucional espanhol, em algumas decisões, tem reconhecido que, em determinadas situações concretas, a iniciativa probatória “ex officio judicis” não configura quebra da imparcialidade judicial. A decisão proferida na STC 188/2000, de julho (RTC 2000, 188 - caso: *Suspensión de pagos de Las Casas de Bendinat*), ressaltou:

El problema se sitúa en la iniciativa del juzgador para realizar actuaciones de impulso probatorio, tal como aparece recogido en el art. 729.2 LECrim. A juicio del TC, no cabe descartar ‘la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ‘ex officio judicis’ prevista en el art. 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias insitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado (sic) los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, *es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto*’. Y eso es lo que el TC lleva a cabo en el F. 3 de la citada sentencia: ‘Pues bien, cuando – como aquí es el caso – se adopta una iniciativa probatoria ‘ex officio judicis’, no de forma inopinada y sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador, sino como propuesta asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar un grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad judicial cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida.’³¹⁸

Em conclusão, e com base nessa rápida exposição de direito comparado, pode-se afirmar que na Europa continental, desde o Século XIX, a possibilidade de o juiz ou Tribunal praticar atividade probatória de ofício é uma realidade e uma constante tradição, “(...) pues en la mayoría de los ordenamientos europeos, la verdad material, se mantiene como una de las finalidades del mismo, incluso en las reformas más recientes (...).³¹⁹

Ao contrário, no modelo desenhado pelo “common law”, não se consagra a verdade material como um dos fins do processo.

³¹⁸ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 215.

³¹⁹ CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 331.

Boa parte da doutrina, com base no postulado anglo-saxão, vem sustentando que não é a verdade absoluta ou empírica que deve ser alcançada no processo penal, mas um desiderato em que a equação propugnada seja por uma verdade livre ou imune de manipulação ou influência por parte da acusação ou da defesa; que essa verdade, segundo Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, com base na doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, não seja “[...]absoluta ou ontológica, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida”.³²⁰

Aliás, um dos fatores que priva a verdade processual da certeza da verdade predicável das proposições experimentais singulares, refere-se ao caráter não impessoal do juiz. Este, “(...) por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores éticos-políticos”.³²¹

O sistema “common law” evidentemente tem uma preocupação de salvaguardar os direitos do réu que estão em jogo, razão pela qual apresenta uma tendência inata de aumentar o caráter acusatório de um modelo processual penal, tomando-se como padrão o modelo desenhado pelos países anglo-saxões.

Essa noção de verdade contingencial, faz com que a finalidade do processo não seja identificada com a procura da verdade em sentido objetivo ou empírico. A verdade pode ser alcançada ou não através do processo, porém isso é uma questão em si absolutamente secundária, pois, acima de tudo, o que se propugna é por um resultado objetivamente racional. Realça-se a concepção isonômica do direito probatório e a prova como argumento, “(...) esto es entendiéndola de forma argumentativa y basada en lo probable, como concepto que sustituye a lo verdadero o cierto”.³²²

O modelo adversarial da atividade probatória que consagra em caráter absoluto e irrestrito o princípio da “aportación de parte” se baseia

³²⁰ GONÇALVES, F.; ALVES, M. J., Op. Cit., p. 139.

³²¹ FERRAJOLI, L., Op. Cit., 2002, p. 46.

³²² CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 250 e 251.

impreterivelmente na superação do conceito de verdade objetiva, mediante sua substituição pela prova dialética ou prova como “argumentação”, que é o pressuposto gnosiológico essencial para fundamentar dita concepção.³²³

Pode-se dizer que o modelo inquisitório se conforma de maneira que a finalidade única do processo seja a busca da verdade objetiva, e o acusatório puro faz desaparecer como meta principal aludida finalidade; já o modelo acusatório misto trata de realizar um difícil equilíbrio entre os direitos fundamentais do réu e a busca da verdade.³²⁴

O juiz, em face da veracidade dos enunciados relativos aos fatos da causa, não mais se expressa em termos absolutos de verdadeiro/falso. Apresentam-se, então, asserções sobre os fatos ou “narrações” dos fatos, mais ou menos atendíveis segundo o suporte probatório apresentado por uma das partes.³²⁵

A referência neste trabalho ao modelo desenhado pelo “common law” não teve por finalidade justificar eventual restrição à atividade probatória do juiz no processo penal, uma vez que ao se retirar da finalidade do processo penal a busca por uma verdade material absoluta e indiscutível, redirecionando-a para um resultado baseado na probabilidade, não significa que a iniciativa probatória por parte do órgão jurisdicional deva ser eliminada ou mesmo limitada.

Ao contrário, na busca de um resultado justo, mesmo baseado em probabilidades, legitima-se, mais do que nunca, essa atividade *ex officio* do juiz.

Na Europa, o processo penal italiano está desenhado de forma a abandonar a tradição continental, para assumir o modelo anglo-saxão, razão pela qual deixou de considerar a verdade real como finalidade do processo penal; contudo, mesmo diante dessa opção de modelo processual, o Código de Processo

³²³ Idem. Ibidem., p. 325.

³²⁴ “La característica del modelo acusatorio mixto, por tanto, es el equilibrio entre los dos valores indicados, sin que la verdad desaparezca como finalidad del proceso, lo que justifica en última instancia la intervención del órgano jurisdiccional en materia probatoria”. (Idem. Ibidem., p. 327).

³²⁵ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Giugno 1997, Anno LI, n. 2, (315-328), p.323.

Penal italiano, em seu artigo 507, mantém a atuação extraordinária do órgão jurisdicional em matéria probatória.

Paolo Tonini, ao estudar a prova no processo penal italiano, leciona que o juiz não pode permanecer inerte quando a inatividade ou a hiperatividade de uma das partes colocar em risco a possibilidade de se atingir o objetivo visado pelo processo penal. O objetivo que se propugna na relação jurídica processual penal (*res iudicanda*) e o poder de iniciativa probatória devem ser correlatos. Assim, se o objeto da relação jurídica processual é de caráter indisponível, como o é no processo penal, a iniciativa probatória compete em alguma medida ao juiz: “(...) o papel atribuído ao juiz na fase de debates não é o de árbitro de uma discussão em que exclusivamente as partes fornecem os materiais para a decisão”.³²⁶

O ordenamento jurídico brasileiro seguindo as diretrizes da Europa continental permite expressamente a atuação *ex officio* do juiz no campo da produção probatória, conforme se percebe pela normatização estabelecida nos artigos 156, 181, p.u., 209, §1º, 234, 242, 497, inciso XI, 502 e 538 do Código de Processo Penal.³²⁷

³²⁶ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.97.

³²⁷ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; *mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, DE OFÍCIO, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante*”.

“Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade complementar ou esclarecer o laudo.

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

“Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

§1º. Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

“Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”.

“Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”

“Art. 497. São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código:

(...) XI – *ordenar de ofício, ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar qualquer nulidade, ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade*”.

“Art. 502: “Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, *poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade*”.

“Art. 538: “Após o tríduo para a defesa, os autos serão conclusos ao juiz, que, depois de sanadas as nulidades, *mandará proceder às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, quer tenham sido requeridas, quer não, e marcará para um dos 8 (oito) dias seguintes a audiência de julgamento, cientificados o Ministério Público, o réu e seu defensor*”.

Segundo a Exposição de Motivos do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), da lavra do Ministro Francisco Campos: “O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado *certeza legal*. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer, a final, antes de proferir a sentença”.

Na realidade, o próprio direito positivado brasileiro admite a atividade ou iniciativa de ofício por parte do juiz.

Ainda que se admitindo a atividade probatória *ex officio* do juiz, seja ela principal ou subsidiária, o certo é que essa iniciativa não pode ser meramente discricionária ou aleatória, havendo necessidade de serem estabelecidas algumas condições para o seu exercício.

Segundo Joan Pico i Junoy,³²⁸ três são os requisitos necessários para iniciativa probatória do juiz:

a) Em primeiro lugar, a prova praticada pelo juiz deve limitar-se aos fatos discutidos no processo, como decorrência de sua vinculação ao objeto delimitado pelo princípio acusatório. A atividade probatória não poderá incidir sobre outros fatos que não aqueles circunscritos na denúncia ou na queixa-crime, pois, de outro modo, haveria modificação indevida do objeto do processo. Tendo em vista que os fatos puníveis devem permanecer imutáveis a partir da propositura da denúncia ou da queixa, não poderá o juiz determinar provas que incidam sobre fatos novos, mesmo que essenciais, posto que a peça inicial acusatória vincula o juiz, impedindo-lhe de se desviar dos termos que ela vem formulada ou apreciar fatos ou circunstâncias que não tenham sido objeto de consideração na mesma peça acusatória, nem sobre os quais, portanto, o acusado não tenha tido oportunidade de se defender;

b) em segundo lugar, é necessário que conste dos autos as fontes de prova sobre as quais terá lugar a posterior atividade probatória. Somente assim se evita que o juiz, atuando de modo inquisitivo, perca sua objetividade. Desta maneira, em relação à prova testemunhal, reclama-se a presença de um terceiro

³²⁸ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 106 e 107.

que possa ter ciência sobre algum dado processualmente relevante, e que sua identidade tenha sido revelada durante a instrução. No que concerne à prova documental, há necessidade de referência de documento citado por alguma das partes ou por alguma testemunha. Diante da prova pericial, há necessidade de um parecer técnico sobre algum fato relacionado ao processo e que demande conhecimentos especializados;

c) finalmente, em terceiro lugar, o último e mais importante requisito reclama que o desenvolvimento da prova praticada por iniciativa do juízo seja escrupulosamente realizado em observância ao contraditório e à ampla defesa que todo litigante possui na realização de qualquer meio probatório.³²⁹

Com base nesse requisito, a prova realizada por iniciativa judicial comporta a possibilidade de que qualquer das partes produza prova contrária, isto é, aquela que lhes permita contradizer os resultados da prova realizada por iniciativa do juiz.

1.16.6 A atividade probatória *ex officio* e o princípio *in dubio pro reo*

A última questão a ser desenvolvida em relação à produção probatória *ex officio*, diz respeito ao princípio *in dubio pro reo* como corolário do princípio da inocência.³³⁰

³²⁹ “Non si può escludere, invece che nel nostro assetto costituzionale, e de *iure condendo*, al giudice possano essere largiti maggiori poteri di iniziativa nello svolgimento del processo (...), potrà essere allargato il margine di disponibilità della prova *ex officio*; ma con due precisi limiti: da un canto, tenendo sempre ferma la tipizzazione legale dei mezzi di prova – quanto si voglia rammodernata – senza la quale si rischia di vulnerare la parità fra i cittadini, somministrando loro, per questo lato, processi diversi; dall’altro, assicurando ai contendenti la garanzia del contraddittorio, sia in termini di nuove allegazioni e prove a petto della prova disposta *ex officio*, sia in termini di pieno controllo nell’assunzione della prova”. (FAZZALARI, E. , Op. Cit., p. 201 e 202).

³³⁰ “O princípio, na formulação latina utilizada, foi cunhado por Stübel; mas ele constitui um produto generalizado dos ‘processos reformados’ do séc. XIX, sendo conhecido em muitos países sob o nome de ‘presunção de inocência do arguido até a condenação’. Foi sob esta forma que ele surgiu no art. 9º da ‘Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão’, e é sob ela que se contém no art. 11º, 1 da ‘Declaração Universal’ da ONU (...).”(FIGUEIREDO DIAS, J., Op. Cit., p. 213 e 214).

Segundo entende parte da doutrina, o juiz estaria impedido de realizar a produção probatória de ofício, uma vez que, existindo dúvida sobre a existência ou não dos fatos articulados na peça acusatória, a única solução permitida ao julgador seria aplicar o princípio *in dubio pro reo*, proferindo decisão absolutória em favor do acusado e não eventual produção de prova *ex officio*.

Contudo, observa-se que essa posição doutrinária incide em erro de avaliação quanto ao momento em que se deve utilizar o corolário do princípio da inocência.

Na verdade, o princípio *in dubio pro reo* tem por objetivo fundamentar uma decisão absolutória quando, após a avaliação de todos os meios de prova produzidos em juízo, permanecer uma *dúvida razoável* no que diz respeito à responsabilidade penal do acusado.

A atividade probatória *ex officio*, por sua vez, desenvolve-se em momento anterior àquele no qual se pode aplicar o princípio *in dubio pro reo*, razão pela qual, durante a fase instrutória não há falar dúvida objetiva.

Evidentemente que após a realização das provas necessárias, seja a requerimento do Ministério Público, da defesa, ou mesmo por iniciativa do órgão jurisdicional, persistir dúvida objetiva quanto à responsabilidade penal do acusado, a absolvição é de rigor, pois o autor da ação penal não provou os fatos articulados na peça acusatória.

Assim, o princípio *in dubio pro reo* representa um critério de decisão quando o autor da ação penal não cumpre com seu dever (ônus da prova) de provar os fatos articulados na denúncia ou na queixa-crime.

Outrossim, existem vozes doutrinárias que afirmam que no direito processual penal não há seguramente o denominado *ônus da prova formal*, que confere às partes o *dever* de provar os fatos alegados através dos meios de prova necessários. Alguns aceitam a existência do *ônus da prova material* em processo penal, razão pela qual, se o Tribunal, mesmo que através de sua iniciativa *ex officio*, não conseguir obter a certeza dos fatos indicados na denúncia, permanecendo em

dúvida, deverá decidir *em desfavor da acusação*, absolvendo o réu por falta de prova.³³¹

Jorge Figueiredo Dias, ao contestar a figura do Ministério Público acusador, faz severas críticas à afirmação de que, havendo dúvida probatória, deverá o Tribunal decidir *em desfavor da acusação*.

Para o referido doutrinador português:

(...).Não parece, porém, que, para lograr a sua correcta compreensão jurídica, seja necessário ou sequer aconselhável (bem pelo contrário) construir um ‘ónus da prova’ em processo penal, que recairia por inteiro sobre a acusação. Tal representaria sempre, pelo menos, uma arbitrária transposição para o processo penal de categorias dogmáticas de processo civil que naquele não devem encontrar guarida. Pois não é exacto que uma absolvição por falta de prova constitua, em processo penal, uma decisão *desfavorável* à acusação, quando esta seja, como é normalmente, acusação pública (representada em princípio pelo MP). Não é função do MP, com efeito, sustentar ‘a todo o custo’ a acusação contra o arguido, mas sim auxiliar o juiz na descoberta da verdade material; não recai sobre aquele, digamos assim, um ‘dever de acusação’, mas antes um ‘dever de objectividade’: ele não é parte, pelo menos no sentido de que não possui um *interesse necessariamente contraposto* ao do arguido. E por isso é que, mais do que equívoco, acaba por ser errôneo falar de ónus da prova material a cargo do MP. A absolvição por falta de prova, em todos os casos de persistência de dúvida no espírito do tribunal, não é consequência de qualquer ónus da prova mas sim da intervenção do princípio *in dubio pro reo*.³³²

Na verdade, o princípio *in dubio pro reo* tem por finalidade aduzir que o *non liquet* na questão da prova deve “[...]ser valorado a favor do arguido, não apenas em relação aos elementos constitutivos do tipo do crime, mas também quanto aos tipos justificadores”.³³³

³³¹ Idem. Ibidem. p. 212.

³³² Idem. Ibidem., p. 212 e 213.

³³³ “Nas lúcidas palavras de José Souto de Moura ‘Parte importante do fundamento da decisão reside na matéria de facto dada por provada, ou seja nas provas. Na ‘não prova’ não se pode cimentar o que quer que seja. Nem a absolvição nem a condenação. Mas porque o juiz não pode terminar o julgamento com um *non liquet* tem que optar por uma coisa ou por outra. Porque é que vai optar pela absolvição? Porque as consequências da ‘não prova’ devem ser sofridas por quem tinha a obrigação de fazer a prova” (GONÇALVES, F.; ALVES, M. J., Op. Cit., p. 140).

Mesmo para aqueles que aceitam a existência de um ônus de provar no processo penal, tal circunstância não interfere na iniciativa probatória *ex officio* realizada pelo órgão jurisdicional.³³⁴

Aliás, conforme bem lembrado por Nilo Bairros de Brum:

Nos sistemas processuais como o nosso, que admitem a produção de provas pelo próprio julgador, é possível perceber a atividade valorativa do juiz até mesmo em razão das provas que ele produzir, já que a necessidade de produção de novas provas decorre do fato de ter o juiz julgado insuficientes as provas produzidas pelas partes.³³⁵

O princípio da presunção de inocência não é um obstáculo para a iniciativa probatória do juiz;³³⁶ ao contrário, significa, isso sim, que nas hipóteses em que depois de realizadas todas as medidas necessárias e legítimas para se apurar os fatos inseridos no âmbito da relação processual penal (*pro reo* ou *pro societatis*), inclusive *ex officio*, não for possível chegar a uma conclusão definitiva, deve prevalecer a presunção de inocência e seu corolário *in dubio pro reo* como regra de julgamento.³³⁷

³³⁴ “Não se pretende apregoar, obviamente, a inexistência de um ônus probatório no processo penal. Decorre este, também do princípio da presunção da inocência. Todavia, no campo processual penal, um fator a mais é acrescido a esta equação: a necessidade do melhor acerto fático possível. Ou seja, o ônus probatório da acusação não é, por si só, incompatível com o reconhecimento de um ‘poder-dever’ instrutório do juiz (...)”. (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 149 e 150).

³³⁵ BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.52.

³³⁶ “È stato da tempo posto in luce, per altro verso, che l'attribuzione di poteri inquisitori al giudice non è incompatibile di per sé con l'onere della prova (...)”. (ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bolonia: Galeati di Imola, 1979. p.103).

³³⁷ Evidentemente que essa maneira de pensar não é unânime. Para José Antonio Díaz Cabiale: “(...)es imposible pensar en un supuesto en el que la actividad de las partes deba ser completada por el Juez, precisamente porque el funcionamiento de la presunción de inocencia responde a cualquiera de las dudas que al órgano jurisdiccional se le pudieran plantear acerca de la existencia de algún hecho: si la culpabilidad o la circunstancia agravante no está suficientemente probada el Juez no tiene que suplir actividad probatoria alguna, sino aplicar la regla enunciada y declarar la inocencia o la inexistencia de la circunstancia agravante.No cabe pensar por otra parte en la insuficiencia de prueba de la inocencia porque ello equivale a hablar de la insuficiencia de prueba de la culpabilidad y se resolvería de la forma indicada”. (CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 311).

Portanto, deve-se observar com certa reserva a afirmação de que a atividade probatória *ex officio* representaria a usurpação por parte do órgão jurisdicional da atividade do Ministério Público. Na realidade, quando o juiz assim age, como consequência natural do princípio da imparcialidade, desconhece o resultado que possa advir da prova realizada *ex officio*. Aliás:

(...), a nova prova obtida poderá revelar tanto a absoluta impertinência da acusação como a demonstração, por exemplo, de não ter sido o réu o autor da infração penal, como indicar a sua responsabilidade penal, podendo, ainda, transmudar a hesitação em um verdadeiro estado de dúvida.³³⁸

1.17 Prova Ilícita e a Imparcialidade Judicial

Um ponto importante a ser analisado no âmbito da imparcialidade judicial diz respeito aos efeitos da prova ilícita e sua influência na concretização da convicção do juiz durante o julgamento da causa.³³⁹

³³⁸ ZILLI, M. A. C., Op. Cit., p. 151.

³³⁹ “(...) la convicción judicial, base de la sentencia, no es lógica, sino más bien psicológica (...)”. (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. El juicio jurisdiccional. In *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel, (63-117), 1969., p. 66).

É possível que o juiz profira determinada decisão baseada exclusivamente numa prova que venha posteriormente a ser declarada ilícita por parte do Tribunal.³⁴⁰

Parte da doutrina entende, e com razão, que o contato do juiz com a prova ilícita deve ser motivo de sua recusa ou abstenção. Somente com o seu afastamento do processo e, portanto, da nova decisão, é que se poderá eliminar o denominado “efeito psicológico da prova ilícita”.

Evidentemente que se um juiz profere uma decisão amparada numa determinada prova ilícita, dificilmente o magistrado conseguirá apagar de sua

³⁴⁰ Sobre o discriminativo normativo de provas ilícitas, prescreve o artigo 126 do Código de Processo Penal português de 1987:

1. – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.
2. – São ofensivas da integridade ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:
 - a). – Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
 - b). – Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;
 - c). – Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;
 - d). – Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
 - e). – Promessa de vantagem legalmente inadmissível.
3. – Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

Segundo afirmam Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, “a enumeração dos métodos proibidos de prova a que se refere o aludido art. 126º é meramente enunciativa”. (GONÇALVES, F.; ALVES, M. J. Op. Cit. p.125).

No mesmo sentido é o posicionamento de Costa Andrade, para quem as proibições de prova ilícitas aplicam-se aos demais atentados que realizam a mesma danosidade social de afronta à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física ou moral das pessoas. (COSTA ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992. p. 216.

No âmbito doutrinário brasileiro, adverte Maria Lúcia Karan: “No projeto de reformas setoriais do Código de Processo Penal, elaborado por comissão constituída pelo Ministério da Justiça, definem-se as provas obtidas por meios ilícitos, na redação proposta para as regras do art. 157 e seu §1º, como aquelas obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais, bem como as delas derivadas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras” (KARAN, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, Ano 9, n. 35, jul./set. de 2001, (55-73), p.57).

memória o resultado proveniente de seu efeito psicológico, ainda que posteriormente a prova seja expurgada da relação jurídica processual.

Nicolò Trocker, diante dessa problemática, sustenta que:

(...)la soluzione più convincente ci viene tuttavia offerta da coloro che propongono di ricorrere all'istituto della rikusazione del giudice. Si afferma cioè (e ben fondatamente) che un giudice, il quale sia venuto a conoscenza di un fatto attraverso una prova illecita, è un *iudex suspectus*. Esso avrà pertanto l'obbligo di astenersi dal giudicare e le parti avranno il diritto di ricusarlo. Il giudizio dovrà essere rinviato a nuova udienza davanti ad un organo composto diversamente.³⁴¹

No mesmo sentido é a posição de Santiago Sentis Melendo, para quem a única forma de se resolver a questão do efeito psicológico da prova ilícita, seria remover do processo o juiz que dela se utilizou, separá-lo dos autos em que tais elementos figuram e que deles não poderia ter conhecido, a fim de que seu sucessor possa julgar com isenção e imparcialidade.³⁴²

Essa solução tem sido acolhida por parte considerável do setor doutrinário espanhol. A rescusa do juiz que teve acesso ao material probatório ilicitamente obtido seria a única solução razoável e segura para se garantir a imparcialidade judicial, uma vez que a consciência do magistrado jamais poderia atuar liberta de seu convencimento condicionado pela prova viciada.³⁴³

Por sua vez, no pensamento de Joan Picó i Junoy, o problema da contaminação sociológica do juiz, em razão da prova ilícita, não se resolve pelo seu afastamento da relação jurídica processual, uma vez que, por determinação constitucional, encontra-se o julgador obrigado a motivar sua decisão, apresentando

³⁴¹ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione* – problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. p. 633 e 634.

³⁴² SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ed. EJE, 1979. p. 228 e 229.

³⁴³ “DE MARINO, R.: Los problemas probatorios como limite del derecho a la prueba, *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid: Secretaria Técnica, 1983, p. 620; ÁLVAREZ LANDETE, J. El proceso debido y la nulidad de la prueba ilícita, *Revista del ilustre Colegio de Abogados de Alicante*, junio, 1991, p. 38” (Apud. PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 109).

os resultados alcançados por meio da análise das provas constantes no processo. Assim, por determinação constitucional, o dever de motivar a sentença comporta a necessidade de expor e evidenciar o iter mental lógico que lhe conduz a pronunciar uma determinada decisão. Com isso, permite-se averiguar quais foram os pressupostos lógicos e probatórios aportados ao processo, que serviram de suporte para a sentença penal. Deste modo, o Tribunal, num eventual recurso, está apto a verificar se a construção das premissas justificadoras do dispositivo sentencial levou em consideração a prova que fora declarada ilícita.³⁴⁴

A motivação da decisão, indubitavelmente, corresponde no moderno constitucionalismo a um dos mecanismos jurídico que melhor garante a análise da lisura da imparcialidade judicial.³⁴⁵

Contudo, também não se pode deixar de observar que os efeitos do contato e da avaliação probatória por parte daquele que irá solucionar a demanda, por vezes, não se deixam demonstrar ou transparecer na motivação da decisão, porque ficam retidos no inconsciente do julgador.³⁴⁶

Portanto, para não se correr o risco de um julgamento vinculado à prova ilícita, a melhor solução ainda corresponde àquela preconizada por Nicolò Trocker, ou seja, pela recusa ou abstenção do juiz que proferiu o primeiro julgamento, a fim de que se garanta a eliminação em definitivo dos “efeitos psicológicos da prova ilícita”.

³⁴⁴ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

³⁴⁵ A fundamentação da decisão é inclusive exigida na Itália, em Portugal e na Alemanha nos veredictos do Tribunal do Júri, não obstante essa fundamentação fique sob a responsabilidade dos juízes profissionais. Por sua vez, no direito espanhol, o artigo 61, número 1, da Lei Orgânica n. 5 de 1995, estabelece que o veredicto do Tribunal do Júri deve estar inserido numa ata que “(...) contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”.

³⁴⁶ “È diventato ormai un luogo comune osservare come la motivazione della sentenza (elaborata sucesivamente alla deliberazione) sia un’autoapologia del giudice, che non garantisce l’esposizione fedele delle ragioni del decidere e anzi può servire a nasconderele(...). (...)la motivazione non è uno spiraglio aperto sull’anima del giudice, affinché se ne possano cogliere e soppesare i pensieri e i sentimenti, ma l’espressione dialettica della decisione, la quale può essere valutata soltanto in base agli argomenti addotti (eccezuato il caso sià accennato di revisione) (...)”. (CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè Editore, 1966. p.614).

1.18 As Técnicas de Abstenção e Recusa como meios Processuais para se Salvaguardar o Direito ao Juiz Imparcial

Conforme já se teve oportunidade de afirmar no início desse trabalho, num Estado de Direito Democrático a confiança dos cidadãos na função jurisdicional, no bem fazer dos juízes, é imprescindível para se alcançar à paz e a convivência social.

Uma sociedade que desconfie ou ponha em dúvida a objetividade ou retidão da pessoa que a lei incumbiu de julgar, estará predestinada a sofrer contínuas e graves tensões, pondo em perigo a própria existência democrática do Estado.

Para que isso não se concretize, o legislador concede instrumentos jurídicos processuais garantidores da imparcialidade do juiz.

A abstenção³⁴⁷ e a recusa³⁴⁸ são as formas instrumentais processuais que atendem a essa finalidade.

Tanto a abstenção como a recusa são remédios jurídicos que servem para assegurar a exigência de imparcialidade do juiz.

No direito comparado, apresentam-se posições contrárias à duplicidade de normatização para os casos de abstenção e recusa. Sugere-se, atualmente, a necessidade de unificação dos temas, pois tanto a recusa como a abstenção tem por objetivo garantir a imparcialidade do juiz.³⁴⁹

³⁴⁷ “En el ordenamiento procesal, la abstención de jueces y magistrados puede definirse como el acto en virtud del cual renuncian, *ex officio*, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que puede atentar contra su debida imparcialidad” (PICÓ I JUNOY, J. Op. Cit., p. 38).

³⁴⁸ “La recusación de jueces y magistrados podemos definirla como el acto procesal de parte en virtud del cual se insta la separación del órgano jurisdiccional que conoce de un determinado proceso por concurrir en él una causa que pone en duda su necesaria imparcialidad”. (Idem. Ibidem., p. 40).

³⁴⁹ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Tribunales españoles - organización y funcionamiento*. 4. ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1977. p. 83.

A unificação dos temas de impedimento ou suspeição do juiz igualmente deveria ser objeto de *lege ferenda* no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não se concebe tratamento diferenciado das hipóteses de abstenção ou recusa previstas no processo civil e no processo penal.

A transcendência da imparcialidade judicial rompe os limites da mera legalidade para inserir suas raízes no âmbito constitucional, razão pela qual sua interpretação deverá observar os parâmetros dos princípios e direitos fundamentais previstos no texto constitucional, assim como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.³⁵⁰

Não basta preconizar o direito a um juiz imparcial, sem que se estabeleçam instrumentos de garantias que possam proteger o exercício desse direito fundamental.

A recusa do magistrado não se configura apenas em um direito dos sujeitos processuais, mas, principalmente, numa garantia ao justo processo, que se pode ativar quando falham os mecanismos tradicionais de inibição ou abstenção por parte dos próprios membros do Poder Judiciário. Isso significa dizer que a garantia a um processo justo exige, antes de tudo, que um juiz suspeito de parcialidade negativa abstenha-se do conhecimento da causa, sendo que se assim não agir, poderá ser recusado por uma das partes da relação jurídica processual.

Assim como se exige legitimação das partes (autor e réu) para que possam participar da relação jurídica processual, da mesma forma, conforme preleciona Francesco Carnelutti, a imparcialidade também é um requisito de legitimação do juiz para sua participação no processo.³⁵¹

³⁵⁰ SATTA, Salvatore. Astensione del giudice. In *Enciclopedia del diritto*. Tomo III. Milan: Editora Giuffrè, 1958. p. 947.

³⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. v. IV. São Paulo: Classic Book, 2000. p.230.

No mesmo sentido, ANDRIOLI, Virgilio, *Commeto al Códice di procedura civile*. 3. ed. v. I. Nápoles: Edit. Jovene, 1954, p. 177; MICHELI, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil*, v. I. Buenos Aires: Ed. EJEA, 1970. p. 186.

O órgão jurisdicional está legitimado para exercer suas funções no processo penal pelo simples fato de haver sido nomeado para tomar parte de um Tribunal orgânico; contudo, havendo alguns pressupostos negativos determinados, que fazem presumir um certo influxo sobre o magistrado, impede-se sua legitimação para conhecer do assunto objeto do processo em concreto.³⁵²

As hipóteses legais em que o juiz deverá abster-se ou ser recusado (suspeito ou impedido) estão expressamente consignadas no ordenamento jurídico brasileiro, seja no processo penal (artigos 252 e 254 do C.P.P.), seja no processo civil (artigos 134 e 135 do C.P.C.).

A abstenção configura-se como um dever do próprio magistrado em solicitar seu afastamento ao tomar conhecimento do fato impeditivo.

No direito espanhol, a abstenção do juiz deve ser acompanhada por motivação suficiente, a fim de que o Tribunal superior possa dela ter ciência, e se for o caso rechaçá-la para que o juiz continue à frente do processo.

No direito italiano, ao contrário, permite-se ao juiz argüir sua abstenção sem exigir uma causa prevista em lei.

A recusa, por sua vez, é um ato de iniciativa da parte para evitar que o juiz possa atuar parcialmente. Para tanto, o ordenamento jurídico confere às partes instrumento processual necessário a fim de que se possa afastar da relação jurídica processual aquele juiz que seja suspeito de parcialidade negativa.

Na abstenção, o destinatário principal é o próprio magistrado, enquanto que na recusa o destinatário são as partes (autor e réu) da relação processual.

Há ordenamentos jurídicos em que a recusa ou abstenção gera, por si só, efeitos automáticos para provocar a extromissão do juiz “suspeito” (salvo a fixação legislativa de limites para a utilização dos meios legais), e outros em que a

³⁵² PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 27.

declaração da parte abre, simplesmente, a via de um procedimento incidental de recusa (ou seja, uma espécie de procedimento prejudicial no interior da relação jurídica processual), avaliado através de um sujeito diverso, sob a base de uma valoração dos motivos adotados pelo recusante, segundo os critérios fixados pelo legislador.³⁵³

Não se pretende, de todo modo, realizar neste trabalho uma análise detalhada de cada motivo legal que enseja a recusa ou abstenção do magistrado, uma vez que não é esse o seu objetivo principal. Contudo, nos itens seguintes serão apresentadas algumas considerações merecedoras de certa reflexão sob a ótica do princípio da imparcialidade do juiz.

1.18.1 As hipóteses de abstenção e recusa de juízes e magistrados no direito comparado: alemão, francês, italiano, português e espanhol

Também no direito comparado há regramento específico de hipóteses de “abstenção” e de “recusa” do juiz, razão pela qual, de forma sintética, far-se-á uma análise no âmbito do direito alemão, francês, italiano, português e espanhol.

1.18.1.1 As hipóteses de abstenção e recusa no ordenamento jurídico alemão

Os §§ 41 a 48 do (Código de Processo Civil) de 30 de janeiro de 1877 prevêm as causas de exclusão do exercício da atividade jurisdicional, estabelecendo que o juiz estará excluído da prática do cargo judicial, por determinação legal:

a) nas causas em que seja parte, ou que se tenha vinculado a uma das partes por relação de partícipe, co-devedor ou responsável;

³⁵³ CHIAVARIO, M., Op. Cit., p.51.

b) nas causas que envolvam seu cônjuge, ainda quando o matrimônio já não mais subsista;

c) nas causas de parentesco em linha reta por consangüinidade ou afinidade, de colaterais até o terceiro grau de consangüinidade ou de afinidade;

d) nas causas em que se tenha constituído como mandatário ou tenha ajudado alguma das partes, ou nas quais tenha sido autorizado a intervir como representante legal de uma das partes;

e) nas causas em que intervenha como testemunha ou perito;

f) nas causas em que haja intervindo, em uma instância anterior, como árbitro ou juiz, na elaboração da resolução impugnada, sempre e quando não se trate de atividade de um juiz “exhortado”.

Os §§22 a 32 da *Strafprozessordnung* (Processo Penal) de 7 de janeiro de 1975 estabelece que o juiz estará excluído da prática da atividade judicial, por determinação legal:

a) quando for o ofendido pelo fato delituoso;

b) quando fora ou houvera sido cônjuge ou tutor do réu ou do ofendido;

c) quando estivera ou houvera estado emparentado por vínculo familiar o por matrimônio com o réu ou com o ofendido em linha reta, até o terceiro grau em linha colateral por vínculo familiar, ou até o segundo grau por matrimônio;

d) quando houvera conhecido a causa como membro do Ministério Público, como funcionário policial, como advogado do ofendido ou como defensor;e

e) quando fora ouvido na causa como testemunha ou perito.

1.18.1.2 As hipóteses de abstenção e recusa no ordenamento francês

Os artigos 339 a 355 do *Nouveau Code de Procédure Civile* de 5 de dezembro de 1975, estabelecem as hipóteses legais de abstenção ou recusa do juiz francês.

O artigo 339 do aludido diploma legal preconiza que o juiz que estime a concorrência em sua pessoa de uma causa de recusa ou estime em sua consciência o dever de abster-se, fará substituir-se por outro juiz que designe o presidente da jurisdição à qual pertence.

O artigo 341, por sua vez, estabelece as causas estritamente legais (Decreto n. 78.330 de 16 de maio de 1978) de recusa de um juiz francês, a saber:

a) se o juiz ou seu cônjuge tem algum interesse pessoal na contestação;

b) se o juiz ou seu cônjuge é credor, devedor, herdeiro presumido ou donatário de uma das partes;

c) se o juiz ou seu cônjuge é parente ou afim de uma das partes ou de seu cônjuge até o quarto grau inclusive;

d) se há ou houve algum processo entre o juiz ou seu cônjuge e uma das partes ou seu cônjuge;

e) se teve conhecimento anterior sobre o assunto como juiz ou como árbitro ou se aconselhou a uma das partes;

f) se o juiz ou seu cônjuge está encarregado de administrar os bens de uma das partes;

g) se existe vínculo de subordinação entre o juiz ou seu cônjuge a uma das partes ou seu cônjuge; e

h) se há amizade ou inimizade notória entre o juiz e uma das partes.

No âmbito do processo penal francês, as causas de abstenção ou recusa do juiz encontram-se regulamentadas nos artigos 668 a 674-2 do *Code de Procédure Pénale* de 31 de dezembro de 1957.

Prescreve o artigo 668 do referido estatuto processual que todo juiz ou conselheiro poderá ser recusado pelas seguintes causas:

a) se o juiz ou seu cônjuge são parentes ou afins de uma das partes ou de seu cônjuge até o grau de primos irmãos inclusive. A recusa poderá ser exercida contra o juiz, ainda no caso de divórcio ou falecimento de seu cônjuge, se há tido parentesco afim de uma das partes até o segundo grau inclusive;

b) se o juiz ou seu cônjuge, se as pessoas das quais é tutor, protutor, curador ou conselheiro judicial, se as sociedades ou associações em cuja administração ou supervisão participa, tem interesse na causa;

c) se o juiz ou seu cônjuge é parente ou afim até o grau anteriormente indicado do tutor, protutor, curador ou conselheiro judicial de uma das partes ou de um administrador, diretor ou gerente de uma sociedade que seja parte na causa;

d) se o juiz ou seu cônjuge se encontra em uma situação de dependência em relação a uma das partes;

e) se o juiz conheceu do processo como magistrado, árbitro ou conselheiro ou se há participado como testemunha sobre os fatos do processo;

f) se houve algum processo entre o juiz, seu cônjuge, seus parentes ou afins em linha direta e uma das partes, seu cônjuge ou seus parentes ou afins na mesma linha;

g) se o juiz ou seu cônjuge, seus parentes ou afins em linha direta, tem um litígio sobre uma questão parecida à discutida entre as partes; e

h) se houve entre o juiz ou seu cônjuge e uma das partes, manifestações bastante graves que possam fazer suspeitar de sua imparcialidade.

1.18.1.3 As hipóteses de abstenção e recusa no ordenamento italiano

O artigo 51 do *Código di Procedura Civile* de 20 de outubro de 1940 prescreve que o juiz tem obrigação de abster-se:

a) se tem interesse no processo principal ou em outro pendente sobre idêntica questão de direito;

b) se o mesmo ou sua mulher é parente até o quarto grau ou obrigado por vínculo de filiação ou é convivente ou convidado habitual de uma das partes ou de algum defensor;

c) se o mesmo ou sua mulher tem pleito pendente ou grave inimizade ou relações de crédito ou débito com uma das partes ou algum dos seus defensores;

d) se deu conselho ou formulou diretrizes sobre o pleito ou se participou do mesmo como testemunha, ou conheceu da causa como magistrado em outra instância do juízo ou como árbitro ou proporcionou assistência no mesmo em qualidade de perito;

e) se é tutor, curador, procurador, agente ou patrono de uma das partes; se, ademais, é administrador ou gerente de um ente, de uma associação ainda que seja não reconhecida, de um comitê, de uma sociedade ou estabelecimento que tenha interesse na causa.

O artigo 34 do *Codice di Procedura Penal* de 22 de setembro de 1988, ao tratar da incompatibilidade do magistrado, estabelece que o juiz que tenha ditado ou participado na deliberação de uma sentença em primeira instância, não poderá exercer funções de juiz nas sucessivas instâncias, nem participar no juízo de reenvio depois da anulação da decisão ou em juízo de revisão.³⁵⁴ Diz, também, que não poderá participar no julgamento oral o juiz que haja ditado a resolução de conclusão da audiência preliminar, ou tenha decretado o juízo imediato, ou tenha ditado o decreto penal de condenação, ou tenha decidido acerca da impugnação da sentença. Afirma, por fim, que não poderá exercer no mesmo processo a função de juiz quem haja exercido a função do Ministério Público, ou tenha desenvolvido atuações de polícia judicial, ou tenha desempenhado o cargo de defensor, procurador, curador de uma das partes, ou bem de testemunho, perito, experto, ou tenha apresentado denúncia, querela, demanda ou petição.

³⁵⁴ Este dispositivo é de extrema importância para demonstrar que se deve colocar em dúvida a imparcialidade do juiz que já tenha participado de alguma forma na resolução da causa, principalmente quando a decisão foi objeto de decretação de nulidade por parte do Tribunal. Não se pode conceber que o ordenamento jurídico italiano entenda que tal circunstância põe em risco a imparcialidade do juiz e o nosso ordenamento jurídico conduza a uma interpretação em sentido contrário. O juiz, nesse caso, corre o risco de ser parcial seja na Itália ou no Brasil.

O artigo 35 do mesmo diploma legal preconiza as hipóteses de incompatibilidade por razões de parentesco, afinidade ou matrimônio. No mesmo procedimento não poderão exercer funções, ainda que separadas ou distintas, juízes que sejam entre si cônjuges, parentes ou afins até o segundo grau.

Por fim, assevera o artigo 36 do CPP italiano: O juiz estará obrigado a abster-se:

a) se tem interesse no processo ou se alguma das partes privadas ou defensor é devedor ou credor de seu cônjuge ou de seus filhos;

b) se é tutor, curador, “apoderado” ou empresário de uma das partes privadas ou bem seu defensor, procurador ou curador, ou se uma das dita partes é parente próximo dele ou de seu cônjuge;

c) se proporcionou assessoramento acerca do objeto do procedimento fora do exercício das funções judiciais;

d) se existe inimizade grave entre ele ou algum de seus parentes próximos e uma das partes privadas;

e) se algum de seus parentes próximos ou seu cônjuge há sido ofendido ou prejudicado pelo delito ou é parte privada;

f) se um parente próximo dele ou de seu cônjuge desenvolve ou desenvolveu função de Ministério Público; e

g) se se encontra em algum das hipóteses de incompatibilidade estabelecidas nos artigos 34 e 35 das leis de Organização Judiciária;

h) se existem outras graves razões de conveniência.

1.18.1.4 As hipóteses de abstenção e recusa no ordenamento português

O novo Código de Processo Penal português, aprovado pelo Decreto-lei n. 78, de 17 de fevereiro de 1987, estabelece no seu artigo 39, que nenhum juiz pode exercer sua função num processo penal:

a) quando for, ou tiver sido, cônjuge ou representante legal do arguido, do ofendido ou de pessoa com a faculdade de se constituir assistente ou

parte civil ou quando com qualquer dessas pessoas viver ou tiver vivido em condições análogas às dos cônjuges;

b) quando ele, ou o seu cônjuge, ou a pessoa que com ele viver em condições análogas às dos cônjuges, for ascendente, descendente, parente até 3º grau, tutor ou curador, adotante ou adotado do argüido, do ofendido ou de pessoa com a faculdade de se constituir assistente ou parte civil ou for afim destes até àquele grau;

c) quando tiver intervindo no processo como representante do Ministério Público, órgão de polícia criminal, defensor, advogado do assistente ou da parte civil ou perito; ou

d) quando, no processo, tiver sido ouvido ou deve sê-lo como testemunha. Também não podem exercer funções, a qualquer título, no mesmo processo juízes que sejam entre si cônjuges, parentes ou afins até o terceiro grau ou que vivam em condições análogas às dos Cônjuges.³⁵⁵

O artigo 40 do mesmo diploma legal afirma que nenhum juiz pode intervir em recurso ou pedido de revisão, relativos a uma decisão que tiver proferido ou em que tiver participado, ou no julgamento de um processo cujo debate

³⁵⁵ “Perante o texto anterior à Lei referida na anot. 1 (Lei 59/98), expendemos nas 7ª e 8ª edições desta obra que não se incluíram nas alíneas do n. 1 nem no n. 3 os chamados *cônjuges de facto*. Por isso, embora não pudessem ser equiparados aos cônjuges legais para o efeito da existência de qualquer impedimento, podiam contudo fundamentar uma escusa ou uma recusa, nos termos do art. 43.

A equiparação foi estabelecida, para efeito de impedimento, através da redacção introduzida pela apontada Lei nestes dispositivos e paralelamente à equiparação estabelecida em vários outros dispositivos legais.

Sobre os fundamentos dos impedimentos do juiz e suas conseqüências vejam-se Cavaliero de Ferreira, *Curso*, I, págs. 236-237 e Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, págs. 316 segs.

No domínio do CPP de 1929, entendia-se geralmente que era taxativa a enumeração dos casos de impedimento, feita nesse diploma. Figueiredo Dias, *Loc. Cít.*, expendeu porém solução contrária, demonstrando que o Código tinha lacunas que deviam ser integradas pelas normas do CPC. Esta doutrina, escudada em argumentos convincentes, parecia-nos então a mais defensável, mas perdeu agora consistência porque o presente Código pretendeu estabelecer mais vincadamente que o anterior uma regulamentação autónoma do processo penal, diminuindo a dependência do processo civil. Deve, por isso, entender-se que não há outros casos de impedimento, além dos que estão previstos no CPP”. (GONÇALVES, Manuel Maia. *Código de processo penal anotado e comentado – legislação complementar*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.170).

instrutório tiver presidido ou em que, no inquérito ou na instrução, tiver aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido.³⁵⁶

Deve-se ressaltar que a nova redação do artigo 40 da lei processual portuguesa foi introduzida pela Lei n. 3 de 13 de janeiro de 1999. A redação anterior não era originária. A parte final do dispositivo (*que tiver aplicado e posteriormente mantido prisão preventiva do arguido*) foi inserida pela Lei 59 de 15 de agosto de 1998.

A expressão (*inquérito*) foi inserida no artigo 40 pela Lei 3/99.

Na verdade, as alterações promovidas pelas Leis 3/99 e 59/98 nada mais significam do que adequar o dispositivo legal português à interpretação dominante consagrada no Acórdão de jurisprudência obrigatória do Tribunal Constitucional português n. 186/96, *in verbis*:

“Declara, como força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante de artigo 40º do Código de Processo Penal, na parte em que permite a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, decretou e posteriormente manteve a prisão preventiva do arguido, por violação do artigo 32º, n. 5, da Constituição da República Portuguesa”.³⁵⁷

³⁵⁶ “(...) não descortinamos porque é que um juiz de instrução fica necessariamente preso a um pré-juízo só porque aplicou ao arguido uma qualquer medida de coacção, ainda que seja a prisão preventiva(...)”.

Do mesmo modo, não fica impedido um juiz de instrução que pontualmente interveio na fase de inquérito, autorizando uma busca domiciliária, uma escuta de telecomunicações etc.

Sobre esta questão veja-se o Parecer do Prof. Figueiredo Dias inserto no *Diário da Assembléia da República*, II série-A, suplemento ao n. 53, de 23 de março de 1998, pág. 42”. (Idem. Ibidem., p. 172).

³⁵⁷ Vejamos algumas outras manifestações do Tribunal Constitucional português sobre a regra do artigo 40 do C.P.P.:

- A norma do art. 40º, no segmento que estabelece que nenhum juiz pode intervir no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido e na medida em que permite a intervenção no julgamento do juiz que, na fase do inquérito, autorizou uma busca domiciliária à residência do arguido, não viola qualquer norma ou princípio constitucional, designadamente as garantias de defesa do arguido, a estrutura acusatória do processo penal e a imparcialidade do tribunal (Ac. do T. Constitucional n. 114/95, de 23 de fevereiro; DR, II série, de 22 de abril de 1995);

- A circunstância de um juiz ter presidido ao tribunal colectivo que julgou e condenou vários arguidos pela prática dos mesmos factos de que são também acusados outros não constitui motivo de suspeição impeditivo de proceder também ao julgamento destes por tais factos. (Ac. RL de 18 de março de 1997; CJ, XXII, Tomo 2, 141).

- Não é inconstitucional a norma constante do artigo 40º do Código de Processo Penal, na versão introduzida pelo Dec.Lei n. 58/98, de 25 de agosto, quando interpretada no sentido de permitir a intervenção no julgamento do juiz que, fino o primeiro interrogatório judicial do arguido detido, determinou a respectiva libertação, mediante adopção de medidas de coacção não privativas de liberdade, que posteriormente manteve no momento em que recebeu a acusação e marcou o dia do julgamento. (Ac. Do Trib. Constitucional n. 423/2000, de 11 de Outubro de 2000, proc. N. 357/99-3ª ; DR, II série, de 20 de Novembro de 2000).

(Jurisprudências citadas na obra de GONÇALVES, M. M., *ibidem*).

1.18.2 A taxatividade ou exemplificatividade das causas que motivam a recusa ou abstenção do juiz

Sobre a questão da taxatividade ou exemplificatividade das circunstâncias que motivam a recusa ou abstenção do juiz, apresentam-se três sistemas que procuram descrever as causas que possam por em risco a imparcialidade dos magistrados.³⁵⁸

O primeiro modelo, conhecido como “sistema cerrado”, é aquele em que se apresentam *numerus clausus* das causas motivadoras da suspeição ou impedimento, realçando a taxatividade dos fatores preconizados pela norma.

O segundo, denominado como “sistema aberto” ou *numerus apertus*, não fixa um rol cerrado de motivos, mas estabelece uma formulação legal ampla e geral, em que se possam inserir todas aquelas situações que denotam temor de parcialidade.

Por fim, o “sistema misto”, no qual se indicam as causas desencadeadoras da perda da imparcialidade judicial, mas que também permite a alegação de outras hipóteses não previstas previamente pela norma.

³⁵⁸ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 46 e 47.

No Brasil,³⁵⁹ assim como na Espanha,³⁶⁰ optou-se equivocadamente pelo primeiro sistema, isto é, pela taxatividade das causas de suspeição ou impedimento do juiz.³⁶¹

Contudo, a partir do momento em que se reconheceu a existência de um direito *jusfundamental* ao juiz imparcial previsto no texto constitucional, não se concebe a interpretação dogmática de que as hipóteses de suspeição e impedimento do juiz sejam somente aquelas estabelecidas rigorosamente pelas normas processuais de direito penal ou civil.

O direito fundamental ao juiz imparcial não pode estar circunscrito a *numerus clausus* indicados em norma infraconstitucional, sob pena de perder sua eficácia.

Havendo outras circunstâncias que possam justificar eventual parcialidade negativa do juiz que não aquelas indicadas expressamente no C.P.C. ou no C.P.P., deverá o magistrado abster-se ou ser recusado por qualquer das partes a fim de garantir a lisura de um processo com todas as garantias constitucionais.

Há necessidade de se realizar uma interpretação flexível e acima de tudo teleológica das causas de abstenção ou recusa do magistrado, a fim de se evitar um verdadeiro paradoxo: “(...) por un lado se otorga rango de garantía

³⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16 ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. p.224.

³⁶⁰ A STS de 28 de novembro de 1997, FJ 13º (RGD, n. 644, 1998, p. 5631) afirma que as causas de recusa do juiz são taxativas.

³⁶¹ A jurisprudência também tem seguido essa orientação (R.T. 508/404; 542/333; 665/314). O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 73099-0, São Paulo, relator Ministro Moreira Alves, publicado no D. J. de 17.05.1996, assim se pronunciou: “No tocante à alegação de nulidade do julgamento da apelação por estar impedido Juiz que dele participou apesar de ter exercido jurisdição em ação civil pública movida contra os réus pelas fraudes ocorridas na LBA, é ela improcedente, porquanto as causas enumeradas no artigo 252 do Código de Processo Penal, que dão margem a impedimento, dizem respeito ao mesmo processo e não, como ocorre no caso, a outro. O inciso III desse artigo se refere ao impedimento de Juiz que, no mesmo processo, mas em outra instância, se houver pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão. Ademais, as causas de impedimento são taxativas e as normas que as enumeram em ‘numerus clausus’ são de direito estrito”.

constitucional a la imparcialidad judicial y por outro se interpretan con demasiada rigidez las normas legales que tienen la finalidad de protegerla”.³⁶²

A leitura constitucional das normas que compõem as causas de suspeição e impedimento do juiz permite constatar o equivoco da posição dogmática até então adotada, “(...) pues la materia de la recusación del juez – en expresión de Salvatore Satta – ‘ahonda sus raíces en el terreno constitucional’”.³⁶³

É necessário compreender que existe um princípio básico de todo processo jurisdicional, elevado à categoria constitucional, que se define como princípio da imparcialidade do juiz, razão pela qual a lei ordinária não pode servir de entrave à efetivação desse princípio, uma vez que poderão existir outras causas além das assinaladas nas normas processuais que indicarão eventual parcialidade do julgador.

O direito processual brasileiro deve optar por um sistema amplo de abstenção ou recusa do juiz, no qual se possa subsumir qualquer fato capaz de colocar em risco a objetividade de caráter de terceiro do julgador. Talvez, com base no direito comparado, estabelecer um critério nos mesmos moldes do art. 51, inc. II, do *Código di Procedure Civile italiano*, que permite a abstenção quando ocorram “gravi ragioni di convenienza”.³⁶⁴

Essa forma de interpretação extensiva reflete a postura adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que apreciando o art. 6.1, do Convenio de Roma, sugeriu a interpretação flexível ou extensiva das causas de recusa como postulado de um processo justo e com todas as garantias. Nesse sentido foi a decisão proferida no caso Cubber, de 26 de outubro de 1984:

(...) una interpretación restrictiva del art. 6.1 – singularmente en cuanto al respeto del principio fundamental de la imparcialidad del juicio – no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición,

³⁶² FRANCOS, María Victoria Berzosa (Prólogo), in Joan Picó I Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1998. p.9 e 10.

³⁶³ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 47.

³⁶⁴ FRANCOS, M. V. B., Op. Cit., p. 10.

visto el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, en el seno del Convenio.³⁶⁵

1.18.3 As técnicas de recusa ou abstenção diante da duplicidade de julgamento

Outra questão que reflete diretamente na imparcialidade do juiz, diz respeito à eventual decretação de nulidade de sentença, em grau recursal, determinando o Tribunal que outra seja prolatada pelo juízo de primeiro grau.

Destarte, diante dessa circunstância indaga-se se poderá o mesmo juiz que proferiu a primeira decisão anulada pelo Tribunal participar do segundo julgamento, sem que isso fira o direito fundamental ao juiz imparcial.

³⁶⁵ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 50 e 51.

Ainda sob este aspecto, questiona-se se o juiz que conheceu de eventual demanda civil de reparação de danos ou outra qualquer contra aquele que praticou o ato ilícito, estaria legitimado para conhecer do processo penal em relação ao mesmo réu ou vice-versa.³⁶⁶

Na Espanha, um determinado magistrado espanhol argüiu a inconstitucionalidade por omissão do artigo 219.10 da LOPJ (Lei Orgânica do Poder

³⁶⁶ O Tribunal Supremo espanhol já teve oportunidade de dizer que o magistrado participante do processo civil não poderia atuar no processo penal, *in verbis*: "Así, las cosas, el deber de mantener a todo trance alejada cualquier sospecha de duda acerca de la imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador imponía que en su composición no hubiese estado presente ninguno de los Magistrados que conocieron de los procedimientos civiles en que se fundamenta la acusación y al haber sido desatendida tan elemental cautela, procede, en aras de mantener la apariencia de una adecuada imparcialidad objetiva del Tribunal de instancia estimar el motivo (STS de 9 de julio de 1993, FJ 1º ("RGD", núms. 589-590, octubre-noviembre, 1993, pp. 9898 a 9900)". (Idem. Ibidem. p. 117).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 73099-0, São Paulo, relator Ministro Moreira Alves, publicado no D. J. de 17.05.1996, asseverou: "No tocante à alegação de nulidade do julgamento da apelação por estar impedido Juiz que dele participou apesar de ter exercido jurisdição em ação civil pública movida contra os réus pelas fraudes ocorridas na LBA, é ela improcedente, porquanto as causas, enumeradas no artigo 252 do Código de Processo Penal, que dão margem a impedimento, dizem respeito ao mesmo processo e não, como ocorre no caso, a outro. O inciso III desse artigo se refere ao impedimento de Juiz que, no mesmo processo, mas em outra instância, se houver pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão. Ademais, as causas de impedimento são taxativas e as normas que as enumeram em numerus clausus são de direito estrito".

O mesmo entendimento foi sufragado no Habeas Corpus n. 83.020-0, 12.08.2003, São Paulo, Relator Min. Carlos Velloso, publicado no Informativo do S.T.F. n. 349. Contudo, mais importante que o próprio julgamento do Habeas Corpus, foi o debate travado entre o Ministro Carlos Velloso (relator) e o Ministro Nelson Jobim:

"Sr. Ministro Nelson Jobim: (...) Depois, tenho uma outra dificuldade. Ouvi atentamente a sustentação feita pelo eminente Procurador junto à nossa Turma em relação ao art. 252 do Código de Processo Penal: 'Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: III – tiver funcionado como juiz de outra instância, ...'. O argumento fundamental que está no parecer é curioso, pois diz que, neste caso, o descumprimento foi a sentença, não a vontade do juiz. Mas, em qualquer hipótese, foi a sentença, inclusive no art. 252. Se a sentença está em grau de recurso, o que está se discutindo? A sentença, não a vontade do juiz. E o que faz o art. 252? Diz que o juiz que sentenciou não pode participar.

Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Ministro, o que o Código não quer é que o juiz que decidiu num grau de jurisdição decida o mesmo caso num grau subsequente.

Sr. Ministro Nelson Jobim: Eu concordo com V. Exa. Deixe-me terminar o raciocínio, eu não cheguei lá.

Qual é a razão do art. 252 dizer que eu decidi em primeiro grau e não posso, estando no segundo grau, apreciar a minha decisão? Porque estou comprometido com o conteúdo de minha decisão. Ou seja, o juízo de impedimento, enfim, decorre do quê? Do meu compromisso emocional e intelectual com aquilo que produzi. Essa é a razão. No caso, o que se passa? Havia uma sentença que condenou e, dentro da condenação da sentença, tinha a determinação da proibição de dirigir. O sujeito descumpe isso e pratica um ato. O que integra o tipo do segundo ato? O conteúdo da sentença do primeiro, porque, se não houvesse a sentença do primeiro, não haveria a tipicidade do segundo. Concorde?

Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Ministro, concordo com V. Exa. O delito é outro.

Sr. Ministro Nelson Jobim: Formalmente. Há um imbricamento. Estou olhando para mim. Se acontecesse comigo, esse não escapava, porque descumpriu a minha decisão.

Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Eu não levaria a esse ponto. Aqui, o Ministro do Supremo se torna preventivo para todos os casos. Se esse cidadão voltar aqui, sou competente, será distribuído a mim como Relator.

Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. não está julgando o caso, está julgando o que os outros julgaram (...)."

Judiciário), cujo dispositivo não faz qualquer referência à abstenção ou recusa do juiz que tenha por obrigação julgar duas vezes a mesma causa. A base de sustentação dessa arguição de inconstitucionalidade está amparada na seguinte fundamentação:

El juez “a quo” considera vulnerado el derecho al juez imparcial (o mejor habría que decir: la imparcialidad judicial) en la medida en la cual el artículo 219.10 LOPJ no prevé expresamente, y en consecuencia no permite, *la abstención del juez* en aquellos casos en los que ha sentenciado con carácter previo una causa y tiene que volver a juzgarla ya que ha resultado anulada la primera sentencia por quebramiento de las formalidades esenciales del procedimiento. El juez promotor de la citada cuestión de inconstitucionalidad considera que tal omisión le coloca en un plano de colisión con el derecho al juez imparcial contenido en el artículo 24.2. CE (insisto, habría que decir mejor con la imparcialidad que debe predicarse de todo juzgador), puesto que en ese caso el juez ya ha dictado sentencia condenatoria y tiene un riesgo más que evidente de prejuicio, máxime cuando llegó a apreciar en conciencia las pruebas practicadas que, en su opinión, “dejan un poso imborrable en el juzgador.”³⁶⁷

Este julgamento é de suma importância para análise da imparcialidade.

O próprio juiz espanhol ao se ver obrigado pelo Tribunal a proferir nova decisão põe em dúvida sua imparcialidade, pelo fato de já haver participado do primeiro julgamento que fora anulado pelo Tribunal por infração às formalidades essenciais do procedimento. Percebeu o magistrado que, indubitavelmente, estaria sugestionado pela primeira decisão, razão pela qual não poderia participar do segundo julgamento.

Efetivamente, a apreciação feita pelo juiz da matéria de fato ou de direito quando da prolação da primeira decisão poderá influenciá-lo no momento em que for elaborar a segunda decisão. Trata-se de um aspecto extremamente natural do ser humano; a formação da convicção feita na primeira decisão através da análise das provas e do conteúdo da relação jurídica processual *difícilmente* permitirá que o juiz profira outra sentença totalmente divorciada da primeira.

³⁶⁷ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 256.

Segundo assevera José Antonio Díaz Cabiale, é evidente que se o órgão superior ordena a devolução do processo em decorrência de uma infração aos pressupostos processuais, o juiz que resolveu a questão encontra-se diante de um suposto já resolvido e no qual tomou partido mediante a sentença, e, portanto, “(...) es prácticamente imposible pensar que no se encuentre prevenido y que el resultado pueda ser distinto al de la resolución originaria”.³⁶⁸

Com efeito, exigindo-se que o mesmo juiz prolate outra decisão, em decorrência de nulidade proclamada pelo Tribunal Superior, põe-se em risco o princípio da imparcialidade do juiz, uma vez que a probabilidade de o julgador estar sugestionado ao resultado da primeira decisão é muito grande.

Na verdade, proclamada pelo Tribunal a nulidade da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, tanto o réu (direito fundamental), como o Ministério Público (dever institucional), estão legitimados a requerer que o novo julgamento seja realizado através da designação de um outro magistrado.

Não é pelo fato de o Tribunal declarar a nulidade da sentença que tal declaração, por si só, irá eliminar do inconsciente ou mesmo do consciente do magistrado que proferiu a primeira decisão seu prévio convencimento sobre a matéria.

Lamentavelmente, não obstante a arguição de inconstitucionalidade formulada pelo juiz espanhol, o Tribunal Constitucional da Espanha (STC 157/1993, de 6 de maio - RTC 1993, 157) houve por bem reconhecer a legitimidade do magistrado de primeiro grau para prosseguir no julgamento sob o argumento de que o legislador não previu a hipótese de nulidade de julgamento como sendo motivo suficiente para recusa ou abstenção do juiz em relação à determinada causa. O Tribunal também considerou que a declaração de nulidade dos atos processuais

³⁶⁸ “Piénsese por un momento, por ejemplo, en el supuesto de que se hubiera interpuesto recurso de casación al amparo del art. 850,4 LECrim, por denegación indebida de una pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente. Y que el TS entendiera que efectivamente había lugar a formular la pregunta en cuestión a un testigo, procediendo con arreglo al art. 901bis a) a reponer las actuaciones al período probatorio para que se subsanara ese quebrantamiento. ¿Hay alguna posibilidad de que después de formular la pregunta o practicar la prueba denegada se altere el sentido del proceso? La respuesta es claramente negativa, salvo algún supuesto tan excepcional que se podría tildar de milagroso sin incurrir en exageración”. (CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 498).

exige do magistrado uma nova ponderação e, se for o caso, a modificação do seu convencimento.

Evidentemente que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional não está livre de severas críticas, pois adota “(...) tesis empobrecedora de que el derecho al juez imparcial es un derecho exclusivamente de configuración legal”.³⁶⁹ O Tribunal fundamenta sua decisão nas interpretações mais restritivas, declarando que não cabe interpretação analógica muito menos extensiva quanto às causas de abstenção ou recusa do magistrado. Para o Tribunal, o que não foi previsto pelo legislador não se encontra no mundo jurídico.

A crítica externada por Raul Jiménez Asensio sobre a decisão espanhola é muito pertinente:

Ésa es la interpretación literal (y “canónica”) de los arts. 217 y 219 de la LOPJ: si no hay *causa legal* no existe el correlativo *deber*. A mi juicio esta tesis olvida el dato de que un juez puede encontrarse en muchas situaciones, no previstas expresamente por el legislador, en las que su imparcialidad se pueda ver afectada o, cuando menos, la imagen de imparcialidad que debe acompañar al poder judicial se puede ver diluida. A un juez que se encuentra en esta situación nada le impide (salvo que se haga una interpretación literal de la ley, que casa mal con los principios constitucionales que informan la actuación del poder judicial), suscitar la abstención; los problemas se producirán , efectivamente, si la Sala de Gobierno hace una interpretación rígida de las causas tasadas y no admite ningún grado de flexibilidad en su alcance.³⁷⁰

O princípio constitucional da imparcialidade judicial deve prevalecer em relação ao limitado rol de causas de abstenção e recusa formulado pela norma infraconstitucional.

Em que pese o Tribunal Constitucional espanhol não pretendesse declarar eventual inconstitucionalidade por omissão do texto normativo legal, deveria ter realizado uma interpretação extensiva à regra legal, segundo o pensamento formulado pelo juiz espanhol de primeiro grau.

³⁶⁹ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 258.

³⁷⁰ Idem. Ibidem., p. 258 e 259.

O que se percebe normalmente é a presença de certa resistência corporativa a qualquer medida que tenha por finalidade colocar em dúvida a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais, “(...) como si tales funcionarios no fueran susceptibles de contaminación alguna y estuvieran limpios, siempre y en todo caso, de cualquier mancha o apariencia de parcialidad”.³⁷¹

Felizmente, o Tribunal Supremo da Espanha vem adotando um posicionamento contrário ao do Tribunal Constitucional, dando uma interpretação extensiva às causas de recusa e abstenção do juiz.

A Segunda Sala do Tribunal Supremo afirma que a motivação do recurso de cassação por quebra de conteúdo formal ou procedimental, além do reenvio da causa ao momento processual em que se produziu dito quebramento, exige a mudança do Tribunal que ditou a sentença impugnada. Assim, por exemplo, a sentença de 2 de junho de 1997, FJ 2º (Ar. 4555) declara:

Esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo viene entendiendo que se pierde la imparcialidad objetiva cuando un Tribunal conoce de un juicio oral y dicta sentencia y, por ello, venimos ordenando que sena otros Magistrados los que conozcan del nuevo trámite cuando hay que celebrar otro juicio por haber existido en la instancia un quebrantamiento de forma, porque, al haber examinado las pruebas ante ellos practicadas valorándolas después y dictándose la correspondiente sentencia, han tenido contacto con el fondo del asunto y se han pronunciado sobre el mismo.³⁷²

No mesmo sentido é a sentença de 30 de abril de 1991, FJ 3º (Ar. 2998):

(...)la psicología y las reglas de experiencia enseñan que, cuando una persona o un Tribunal han tomado una decisión después de un proceso [...] en el que no se han tomado en consideración, en uno y otro sentido, una prueba porque indebidamente no se practicó, es fácil que de manera inconsciente se prescinda de hechos de dicha prueba, una vez practicada, y se mantenga el criterio precedente, no por un prurito de no modificar lo ya resuelto, sino por una regla de experiencia humana, que a veces se impone al indiscutible deseo del

³⁷¹ Idem. Ibidem., p. 265.

³⁷² PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 113.

Tribunal de resolver con absoluta objetividad e imparcialidad del que no se duda.³⁷³

Apesar da divergência jurisprudencial espanhola, felizmente, pode-se observar que no direito comparado há uma real preocupação em consignar expressamente na legislação infraconstitucional a possibilidade de abstenção ou recusa do juiz na hipótese de recurso de cassação com reenvio.

O direito alemão, desde 1975, estabelece de forma clara e objetiva que nos casos de nulidade (naqueles em que haja reenvio da causa), remeter-se-á a causa à outra Seção ou Sala do Tribunal cuja sentença foi impugnada, ou a outro Tribunal da mesma ordem. Também o § 565, do ZPO (normatização processual civil alemão) adota a mesma linha de raciocínio ao estabelecer: “Quando a sentença for anulada, a causa será remetida ao Tribunal de apelação para que a veja e julgue novamente. A devolução poderá fazer-se para uma Sala distinta da que houver ditado a sentença anulada”.

No mesmo sentido prescreve o artigo 633, letras “c” e “d”, do Código de Processo Penal italiano de 1988.³⁷⁴

O artigo 436 do Código de Processo Penal português de 1987, estabelece: “Se o Tribunal Supremo de Justiça decreta o reenvio do processo, o novo juízo corresponde ao tribunal, de categoria e composição idênticas às do tribunal que ditou a resolução recorrida, que se encontre mais próximo”.

³⁷³ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

³⁷⁴ “Art.633.....

a) –(...);

b) –(...);

c) - se é anulada a sentença de uma *corte di assise di appello* ou de uma *corte di appello* ou mesmo de uma *corte de assise* ou de um *tribunale*, o julgamento deve ser remetido a outra seção da mesma corte ou do mesmo tribunal ou, na falta deste, à corte ou a tribunal mais próximo;

d) - se é anulada a sentença de um *pretore* ou de um juiz para as *idagini preliminari*, a corte de cassação disporá que os autos sejam reenviados à mesma *pretura* ou ao mesmo tribunal; contudo, o *pretore* ou o juiz deverá ser distinto daquele que tenha pronunciado a sentença anulada”.

1.18.4 O limite temporal (extemporaneidade) como formalismo legal ao exercício do direito fundamental ao juiz imparcial

Outro aspecto que merece uma melhor reflexão da doutrina e da jurisprudência diz respeito ao limite temporal para que a parte possa argüir eventual causa de impedimento ou suspeição do juiz.

Normalmente o próprio juiz de primeiro grau, assim como os magistrados dos Tribunais, valem-se desse formalismo temporal como fundamento razoável para permanecer no exercício da jurisdição, ou seja, para que evitem analisar se houve ou não vulneração ao direito fundamental ao juiz imparcial.

O momento temporal da argüição da suspeição ou do impedimento do juiz converte-se, desta maneira, num dogma muito mais importante que a própria natureza constitucional do direito fundamental ao juiz imparcial ou do princípio da imparcialidade.

Sendo na verdade a abstenção um dever imposto ao juiz como mecanismo de garantir o Estado de Direito Democrático e a própria legitimação da estrutura do Poder Judiciário, a preclusão temporal há de ser relativizada.

Põe-se em dúvida a limitação temporal para se argüir eventual causa de suspeição ou impedimento, pois não pode o legislador infraconstitucional, sob a alegação de que à parte é legítimo renunciar ao direito a um juiz imparcial, estabelecer prazo peremptório a essa prerrogativa de natureza constitucional.

Portanto, a todo o momento torna-se legítimo aos titulares da relação jurídica processual suscitar a recusa do juiz como condutor do processo, desde que haja motivo plenamente justificado para isso.

Não se deve esquecer que a imparcialidade, mais que garantir um justo processo para as partes, garante a confiança da comunidade como um todo na legitimidade institucional do Poder Judiciário.

A limitação temporal preconizada pela norma legal não está em consonância com o direito fundamental ao juiz imparcial.

É razoável, inclusive, a previsão de sanção para a parte negligente que não fez a arguição de suspeição ou impedimento em tempo oportuno, mas jamais estabelecer limite peremptório para o exercício desse direito fundamental constitucional.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso “*Castillo Algar c. España – STEDH de 28 de outubro de 1998 (TEDH 1998, 51)*”, reconheceu que o direito fundamental a um juiz imparcial não pode ficar submetido a um lapso temporal preclusivo, nos seguintes termos:

(...)el recurrente, Sr. Castillo Algar, sostenía que se le había vulnerado el derecho a un juez imparcial, pues fue condenado por un Tribunal Militar Central en el que dos de sus miembros habían conocido previamente de su causa al haberse pronunciado sobre la apelación del Auto de procesamiento. El demandante recurrió en casación ante el Tribunal Supremo e invocó la vulneración del derecho al juez imparcial. La Sala de lo Militar del TS rechazó el recurso, y fundamentó su decisión en que *el interesado había omitido recusar a los Jueces que calificaba de parciales, cuando lo podía haber hecho ya que el abogado del demandante había sido informado de la composición de la Sala en el momento de su constitución y con anterioridad al juicio* (grifo nosso).

El Tribunal Constitucional, suscribiendo por entero los motivos admitidos por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, inadmitió a trámite el recurso de amparo del demandante.

La doctrina de esta sentencia se puede resumir como sigue:

“El Tribunal recuerda que la finalidad de la exigencia del agotamiento de las vías de recursos internos es facilitar a los Estados contratantes la ocasión de prevenir o corregir las violaciones alegadas contra ellos antes de que estas alegaciones sean sometidas a los órganos del Convenio”.

“(...) el Tribunal señala que, en su recurso ante el Tribunal Supremo, el demandante sostuvo que la Sala del Tribunal Militar Central constituida para conocer su caso no podía considerarse un Tribunal imparcial, ya que dos de sus miembros habían formado parte anteriormente de la Sala que se había pronunciado sobre su recurso de apelación contra el Auto de procesamiento(...)”.

“En estas condiciones, a pesar del hecho de que el demandante o su abogado no hayan solicitado la recusación de los dos Jueces con anterioridad a la apertura de proceso, los Tribunales del Estado

demandado no carecieran de ocasiones para corregir la violación del artículo 6.1. (...)”.³⁷⁵

Como bem asseverou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a falta de recusa do juiz por parte de um dos sujeitos da relação jurídica processual, ou eventual recusa tardia, não tem o poder de converter um juiz parcial em imparcial.

Além do mais, como bem leciona Giulio Umbertis ao comentar a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o direito fundamental a um juiz imparcial não está no âmbito dos direitos disponíveis, razão pela qual a parte não pode renunciar a essa prerrogativa constitucional. Disse o autor italiano:

E visto che siamo in tema di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ritengo utile segnalare due recentissime decisioni della medesima in materia di incompatibilità del giudice.

Con la prima, accanto ad altre doglianze, il ricorrente faceva valere la circostanza secondo cui uno dei giudice del collegio di primo grado aveva precedentemente partecipato a due interrogatori svoltisi durante l'istruzione preliminare, verificandosi pertanto una ipotesi di incompatibilità secondo l'ordinamento austriaco, con conseguente nullità della successiva sentenza di condanna; tuttavia, tale invalidità non veniva dichiarata dal giudice dell'impugnazione perché l'interessato non aveva sollevato la questione relativa all' suddetta incompatibilità nei termini codicisticamente previsti ed anzi era dubbio se avesse addirittura rinunciato a eccepirla.

L'importanza della pronuncia non riguarda, in questa occasione, la soluzione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo al caso sottoposto, ma l'argomentazione seguita. Infatti, la Corte ha espresamente dichiarato di accettare l'integrazione del diritto austriaco sostenuta dai giudice nazionali e tuttavia ha specificato di dover decidere sulla sussistenza della violazione del principio di imparcialità del giudice (art. 6 comma 1 Conv. Eur. Dir. Uomo), “indipendentemente dalla questione di sapere se una rinuncia foie stata operata o no”. Ne deriva che “la sostanziale irrilevanza attribuita dalla Corte alla questione riguardante la validità della rinuncia alla ricsuzione testimonia palesemente come la garanzia dell'imparzialità del giudice... no sia nella disponibilità delle parti interessate.”³⁷⁶

³⁷⁵ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 272.

³⁷⁶ UMBERTIS, Giulio. *in Il giusto processo*. Associazione tra gli studiosi del processo penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998. p. 190 e 191.

Conclui-se, portanto, que não há como subsistir lapso temporal preclusivo para a arguição de suspeição ou impedimento do juiz, pois, além de não ser possível a renúncia ao direito fundamental ao juiz imparcial, o princípio da imparcialidade impede que participe da relação jurídica processual um magistrado que possa por em dúvida a legitimidade estruturante do próprio Poder Judiciário.

CAPÍTULO II – A IMPARCIALIDADE E A NEUTRALIDADE DO JUIZ COMO UTOPIA IMPOSSÍVEL DE SE ALCANÇAR NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL PENAL

2.1 Considerações Preliminares

No capítulo anterior, fez-se uma descrição teórica da imparcialidade do juiz fundamentada na ciência dogmática jurídica processual constitucional, levando-se em consideração, preferencialmente, os aspectos conceituais objetivos do instituto.

A partir de agora, neste capítulo, numa perspectiva diametralmente oposta, dar-se-á ênfase à racionalidade crítica da imparcialidade do juiz, consubstanciada não só no âmbito objetivo propriamente dito, mas, principalmente delineada no campo subjetivo do instituto em análise.

Não é suficiente descrever a imparcialidade como um instituto pertencente ao ramo do direito processual constitucional penal, sem que se leve em consideração àqueles que são efetivamente os destinatários do seu conteúdo.

O sujeito juiz passa a ser objeto da racionalidade crítica a partir dessa nova etapa do trabalho.

Conforme já teve oportunidade de asseverar Friedrich Hölderlin, ao comparar a modernidade com a idade média:

Vêm-se artesãos, mas não pessoas; pensadores, mas não pessoas; sacerdotes, mas não pessoas; senhores e servos, jovens e gente de propriedade, mas não pessoas. Não seria isso como um campo de batalha em que mãos, braços e membros de todos os

tipos estão espalhados uns entre os outros enquanto o sangue derramado de suas vida é sugado pela areia?'.³⁷⁷

Num primeiro momento construiu-se o instituto da imparcialidade do juiz sob as bases de um campo teórico e abstrato (teorizou-se sobre a figura abstrata do juiz e não sobre a pessoa do magistrado), para nesse segundo momento desconstruir as suas bases fundamentais, a fim de que no terceiro e quarto momentos se possa reconstruí-lo baseado em critérios mais humanísticos e realísticos.

Modernamente, na visão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, outra deve ser a perspectiva da atividade do órgão jurisdicional:

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do Estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma *desneutralização*, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*).³⁷⁸

Portanto, não se concebe atualmente a manutenção da caricatura de um juiz apolítico ou asséptico.

³⁷⁷ Apud BRONER, Stephen Eric. *Da teoria crítica e seus teóricos*. Trad. Tomás R. Bueno e Cristina Meneguelo. São Paulo: Papirus, 1994. p.48.

³⁷⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In *Revista da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Coordenação de Comunicação Social da USP, n. 21, mar./mai. 1994, (p. 12-21), p. 19.

2.2 Crítica à Figura do Juiz “Asséptico”

Essa visão de um juiz dissociado do contexto social, marginalizado da sociedade, purificado de qualquer concepção ideológica, social, cultural e psicológica, costuma-se denominar de “juiz asséptico”, que, segundo J. A. G. Griffith, corresponde à figura de alguém que “(...) quando se dispõe a julgar, deve atuar como eunuco político, econômico e social, desinteressado do mundo fora do tribunal”.³⁷⁹

A figura do juiz asséptico, resultado da estrutura burocrática européia (bonapartista), sugere a “inimutabilidade política dos juízes”.³⁸⁰

Ao se postular pela “neutralidade” na função de julgar, distante dos conflitos internos e externos do magistrado, eleva-se essa imagem pública a um corolário sobre-humano ou divino, o que, na verdade, nada mais significa do que um produto de manipulação da imaginação coletiva, que passa a assimilar e a exigir uma conduta do juiz nessa perspectiva.

Como a ninguém é legítimo intitular-se uma divindade, muito menos por nomeação ou representação do poder estatal, ninguém pode assumir tal papel, pois, no nível individual manifestam-se conflitos graves que podem afetar a própria identidade, bem como conduzir a erros de conduta, tais como “moralismo acerbadado” daquele que se considera juiz da ética de todos os demais membros da sociedade, a “onipotência” de quem se intitula “dom Quixote” e combatente de todos os piores males e flagelos da humanidade.³⁸¹

Definitivamente, segundo Eugênio R. Zaffaroni, esta imagem não é mais que um instrumento de ditadura ética da pior espécie, “(...) condicionada pelo

³⁷⁹ Apud ZAFFARONI, E. R., Op. Cit. p. 91.

³⁸⁰ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

³⁸¹ Idem. Ibidem., p. 160.

processo interacionista, que nos explica a tendência em assumir as atitudes que nos exigem conforme os estereótipos, e a corresponder positivamente a eles”.³⁸²

A partir do momento em que o liberalismo começa ceder espaço para uma perspectiva social, passa-se a perceber que a exigência da neutralidade/imparcialidade do juiz no curso do processo jurisdicional, acaba por anular a incansável busca de uma ordem jurídica justa a ser concretizada pela decisão judicial.

É utópico pretender-se que o juiz não seja cidadão, que não se vincule a certa ordem de idéias, que não compreenda o mundo segundo uma visão nitidamente personalíssima e individual.³⁸³

Não se pode pedir ao juiz, conforme afirma Plácido Fernández – Viagas Bartolomé, que permaneça em uma urna de cristal ou que seja tão insensível que não experimente reações mentais ante os acontecimentos do mundo exterior.³⁸⁴

Rafael Jiménez Asensio, ao criticar o artigo 127 da Constituição espanhola que impede a filiação política e partidário dos magistrados, ressalta que a figura desse juiz, estabelecida pela aludida norma constitucional, não existia antes, muito menos existirá no futuro, pois, essa norma procurou criar:

Unos magistrados asépticos ideologicamente, no contaminados políticamente y sin vinculación sindical aparente, salvo la pertenencia a unas asociaciones judiciales. Pero esa pretendida neutralidad o ese juez neutro políticamente no es, en efecto, imaginable en la realidad actual (sí es que lo ha sido alguna vez). Por mucho que se empeñe el texto constitucional, la ideología política, su sistema de valores, sus convicciones y creencias acompañan al juez, de forma

³⁸² “A ‘moralidade judicial’ ou ‘ditadura ética’(na versão doutrinária mais sofisticada, a ‘etização do direito’) é produto deste mecanismo”. (Idem. Ibidem., Loc. Cit.).

³⁸³ “Não é possível imaginar um juiz que não a tenha, simplesmente porque não há homem que não a tenha, por pífia ou errada que possa ser julgada. O ‘juiz eunuco político’ de Griffith é realmente uma ficção absurda, uma imagem inconcebível, uma impossibilidade antropológica”. (Idem. Ibidem., p. 92).

³⁸⁴ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p. 143.

consciente o inconsciente también en sus propias resoluciones judiciales.³⁸⁵

Para Rafael Jiménez Asensio, a proibição de o juiz se filiar a partido político, prevista no artigo 127 da Constituição espanhola, é de tal ordem, que em última análise representa uma mutilação efetiva de liberdades públicas básicas. Não somente se veda aos juízes o direito de associação política por meio de partidos políticos, como, por adesão obrigatória, se vêem afetados, em maior ou menor medida, muitos outros direitos reconhecidos ao resto dos cidadãos: por exemplo, o direito de participação política, o direito de acesso em condições iguais a cargos públicos, a liberdade ideológica, a liberdade de expressão etc. Todo esse sacrifício de direitos fundamentais não tem por outro objetivo que “blindar” ao juiz de eventuais interferências em seu processo de decisão, isto é, “(...)garantizar su independencia e imparcialidad, pero dudo mucho que esas finalidades puedan obtenerse mediante un *sacrificio formal, aparente, externo o, si se quiere, disfrazado*”.³⁸⁶

É importante observar que a Corte de cassação italiana, através da sentença de 5 de novembro de 1971, declarou irrelevante, para os fins de recusa, pertencer o juiz a um partido político adverso daquele no qual milite o réu; isto porque a própria Corte excluiu a possibilidade, de por si só, observar na adesão do magistrado a um partido político qualquer interesse pessoal concreto e efetivo que legitima a aplicação do artigo 64, n. 1 do C.p.p. italiano.³⁸⁷

Outrossim, percebe-se que mesmo havendo em nosso ordenamento jurídico proibição constitucional de filiação política, pragmaticamente os juízes são

³⁸⁵ ASENSIO, R. J., Op. Cit. p. 89.

³⁸⁶ Idem. Ibidem. p. 89.

³⁸⁷ Por sua vez, na visão de Paolozzi: “Sembra invece che proprio all'ipotesi del magistrato 'che fa politica' potrebbe attagliarsi la figura dello 'iudex suspectus'. Certo, la statura morale di molti, moltissimi giudici, fornisce la garanzia di un loro giudizio sereno e conforme alla legge nonostante l'impegno politico; ma, restando pur sempre il giudice un 'uomo', potrebbe anche esserci la deviazione, la debolezza, o quanto-meno le circostanze possono creare questo sospetto che non deve e non può sorgere: mentre, como si è detto, il giudice non solo deve essere indipendente e imparziale, ma deve anche poter *essere giudicato* tale, specie in quei procedimenti che offrono spunti od interpretación di carttere político”. (PAOLOZZI, G., Op. Cit., p. 634).

detentores de efetiva participação na política interna do Poder Judiciário como também na política externa de uma maneira geral. E isso se dá por meio das Associações de Magistrados que se disseminam em todo país, instrumento de controle e de efetiva participação dos juízes na política brasileira. A AJUFE (Associação dos Juízes Federais), a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) e a ANAMATRA (Associação Nacional da Magistratura Trabalhista) são exemplos vivos de que os magistrados se encontram organizados politicamente para exercerem atos concretos de ingerência no destino político nacional em relação àquelas questões que lhe dizem respeito mais particularmente.³⁸⁸

Põe-se em dúvida, portanto, a figura de um juiz absolutamente imparcial, tendo em vista as implicações ideológicas de sua própria formação ou do próprio sistema jurídico em que atua.

Sobre o tema, anota Andrea Proto Pizani ao comentar o artigo 25, inciso I, da Constituição Italiana:

L' art. 25, 1º comma, secondo cui 'nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge'. La garanzia del giudice naturale preconstituito per legge impone che l'individuazione del giudice cui devolvere la singola controversia non dipenda da valutazioni discrezionali dello stesso giudice, di altri soggetti pubblici, dell'attore; ed assume importanza tutta particolare in un contesto di *pluralismo ideológico* (subscrição nossa) della magistratura. Nella relazione del C.S.M. del 1991, già ricordata, si osserva efficacemente che il principio costituzionale in esame 'implica, da un lato, il riconoscimento che anche ai giudici – ed anche nell'esercizio delle loro funzioni - compete la libertà di opinione come a tutti gli altri cittadini, per cui il loro dovere di imparzialità non può tradursi in un obbligo di omogeneizzare la loro cultura, e la loro morale ad un qualsiasi modello ufficiale e comporta, dall'altro lato, che alle parti deve essere assicurato, se non il diritto ad un giudice assolutamente imparziale (figura questa non pienamente realizzabile quando il

³⁸⁸ “Aunque la Constitución nada dice al respecto, la lectura que ha hecho el legislador orgánico (art. 401 LOPJ) implica que tales asociaciones profesionales se hayan convertido en la práctica en *instrumentos de participación de los jueces no sólo en la política judicial, sino por extensión en la política en general*(...). Es de dominio común que las distintas asociaciones profesionales se encuentran plenamente atravesadas por corrientes ideológicas que, si bien no son intercambiables en plenitud con los distintos partidos políticos del arco parlamentario, sí que son genéricamente identificables con opciones conservadoras, de centro o de centro izquierda. Por mucho que se pretenda *prohibirles su vinculación* con partidos políticos y sindicatos, tal prohibición hay que entenderla en sentido completamente estricto: *vinculación como dependencia*, lo que no impide canales estables de relación, foros de encuentro, etc., entre partidos políticos y asociaciones judiciales”. (ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 90).

pluralismo ideológico sia garantito ai titolari di funzioni giurisdizionali), quanto meno il diritto a non essere giudicati da un giudice scelto da altri proprio perché, presumibilmente, favorevole alle loro tesi (...).³⁸⁹

Além do mais, não se é castrando o juiz da possibilidade de exercício de direitos fundamentais que são conferidos aos cidadãos brasileiros de uma maneira geral, que se irá eliminar de seu íntimo, de sua subjetividade, as suas preferências ideológicas e partidárias. Não é porque há uma previsão constitucional de que o magistrado não se pode filiar a partido político, que tal fato, por si só, produzirá um juiz “asséptico” ou um juiz “eunuco político”.

A realidade impõe-se à ficção: “(...)también los jueces tienen una ideología política que, insisto, expresan además a través de sus resoluciones judiciales o, incluso, por vías paralelas, en el proceso político general”.³⁹⁰

Por essas razões, a participação do juiz no processo penal reclama, destarte, uma nova leitura sobre sua neutralidade ou *imparcialidade*, distinta daquela imposta pela tendência liberal da burguesia bonapartista que estruturou burocraticamente a justiça européia.

Essa afirmação pode, a princípio, diante de uma reflexão menos acurada, parecer desconfortável e gerar certa inquietação. Contudo, desvestindo-se de uma perspectiva preconceituosa e reacionária, evidencia-se intuitivamente o seu acerto.

O juiz não pode ser neutro, “[...] porque não existe a neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e menos ainda de um juiz [...]”³⁹¹

³⁸⁹ PIZANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999. p. 14.

³⁹⁰ ASENSIO, R. J., Op. Cit., p. 89 e 90.

³⁹¹ ZAFFARONI, E. R., Op. Cit., p. 92.

O juiz faz parte do sistema, faz parte do processo de decisão política, está diuturnamente sendo moldado pelo seu inconsciente individual e coletivo.

Os juízes, como homem de seu tempo, são plenamente partícipes de uma mentalidade ideológica, muitas vezes desigualitária em uma dada sociedade.³⁹²

Diante desses inúmeros fatores subjetivos e objetivos, insistir-se na concepção dogmática da (im)-parcialidade, é, no mínimo, tornar-se insensível e indiferente ao que realmente se verifica na realidade de um dado ordenamento jurídico.

Tendo em vista inexistir a “neutralidade” ideológica, é utópico o pensamento idealizador de um juiz super-homem, super-humano, acima de sua falibilidade humana, além do bem e do mal.

Aliás, se um dos fundamentos filosóficos para se legitimar a existência de recursos no processo civil ou penal contra a decisão de primeiro grau, encontra-se vinculado à falibilidade humana, como se sustentar o princípio da imparcialidade do juiz diante dessa perspectiva eminentemente humana que o recobre e que o cerca em toda a sua existência? Não tem o juiz, na verdade, ideologia política? Seria possível negar o evidente?

Diante de uma tendência de concentração de poder, que sempre ocorreu em torno do judiciário, construiu-se essa pouco provável caricatura de imparcialidade do magistrado, “(...)identificando-a com uma imagem altamente empobrecida do juiz, estereotipada e cinzenta, concebendo-o sem idéias próprias e desvinculado dos problemas da comunidade e da própria sociedade”.³⁹³

³⁹² CAPPELLETTI, M., Op. Cit., p. 7.

³⁹³ ZAFFARONI, E. R. Op. Cit., p. 91.

É evidente e inegável que o juiz não pode permanecer vinculado às ordens ou ao programa partidário político; contudo, é insustentável pretender que um juiz não pertença a uma determinada ordem de idéias, que não se vincule a determinados postulados sociais, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão da realidade.³⁹⁴ É impossível, em sã consciência, imaginar alguém assim, simplesmente porque não há homem que não a tenha, por pífia ou errada que possa ser julgada. O “juiz eunuco político” de Griffith não passa de uma ficção absurda, uma imagem irreal, uma impossibilidade antropológica.³⁹⁵

A própria tarefa de interpretar a lei não é uma atividade neutra e imparcial, pois, diante de um caso concreto, o resultado da interpretação não é idêntico para um liberal e um conservador, um socialista ou um democrata-cristão.

Segundo ensina Paul Ricoeur, “(...) O ser se dá à consciência do homem através das seqüências simbólicas, de tal forma que toda visão do ser e toda existência como relação ao ser já se afirmam como uma interpretação”.³⁹⁶

Cada atitude interpretativa, conforme afirma J. Eduardo Couture, apresenta um substrato filosófico: “(...) Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por uma concepção do Direito, o que significa dizer, por uma concepção do mundo e da vida.”³⁹⁷

Nenhuma teoria social pode desvincular-se completamente da condição ideológica.³⁹⁸

³⁹⁴ Idem. Ibidem., p. 92.

³⁹⁵ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

³⁹⁶ RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Livraria Alves Editora S.A., 1977. p. 6.

³⁹⁷ COUTURE, Eduardo Juan. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa M. Russomano, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.11.

³⁹⁸ RICOEUR, P., Op. Cit., 1977, p. 11.

Interpretar, na verdade, é dar vida a uma norma. A norma, por sua vez, é simples proposição hipotética de conduta humana. É um objeto ideal invisível, uma vez que o texto escrito é a representação da norma, mas não ela própria. Esse objeto ideal é suscetível de ser percebido pelo raciocínio e pela intuição. “O raciocínio e a intuição pertencem a um determinado homem e, por isso, estão prenhes de subjetivismo”.³⁹⁹

Segundo Lenio Luiz Streck, o ato de interpretar está consubstanciado no ato de compreender, uma vez que somente pela compreensão será possível interpretar.⁴⁰⁰ Partindo dessa premissa, ou seja, de que o ato de interpretar abrange o ato de compreender, é que se conclui que não existe uma interpretação *neutra e imparcial* desligada das características pessoais do julgador.⁴⁰¹

Na realidade, o sujeito que reflete, mesmo nas ciências da compreensão, “(...) não consegue evadir-se do contexto histórico-efetual de sua situação hermenêutica, visto que sua compreensão sempre está implicada nesse acontecer”.⁴⁰²

Não há como se exigir um juiz *neutro e imparcial* no momento em que se realiza o ato de interpretar e compreender, pois sendo o ato de interpretar um ato de compreender, as características pessoais do julgador irão indubitavelmente interferir diretamente nesse ato de compreensão.⁴⁰³ Seu próprio sentimento de “(...)

³⁹⁹ COUTURE, E. J., Loc. Cit., 1994.

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (em) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 275.

⁴⁰¹ “Como dice Modesto Saavedra en *Interpretación del derecho y ciencia jurídica*. Fontamara. México. 1994, pág. 86, ‘el lector posee desde siempre ‘una comprensión previa’ de aquello que quiere comprender a través del texto. El texto histórico y las tradiciones culturales a las que pertenece el intérprete operan de tal forma que no hay una lectura neutral o ingenua”. (VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p. 47).

⁴⁰² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. – Complemento e índice. Petrópolis: Vozes, 2002. p.280.

⁴⁰³ Estamos diante de um ser “(...) que não se encontra jamais na posição soberana de um sujeito capaz de separar de si mesmo a totalidade de seus condicionamentos”. (RICOEUR, P., Op. Cit., 1977, p. 91).

lo ‘justo’ supone un dato prévio a todo razonamiento que estará determinado por la personalidad del juzgador”.⁴⁰⁴

Por mais que se predique a interpretação objetiva:

(...) no se puede olvidar que, al ser efectuada por un hombre, adquiere características subjetivas y personales, sufriendo el razonamiento judicial la influencia del inconsciente, como el sentimiento del derecho, la visión del aspecto humano por encima del jurídico, las convicciones éticas y las tendencias políticas, las presiones sentimentales, la conciencia de la clase y la función, entre otras muchas.⁴⁰⁵

Benjamin Nathan Cardozo, ex-Juiz da Suprema Corte Norte-Americana, considerado por Roscoe Pound entre os dez melhores Juízes da história judicial americana, há muito observou que os juizes, no momento de julgar, não podem escapar das: “(...) forças que eles não reconhecem e que não podem nomear os que estiveram impulsionando continuamente – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas (...)”, ou seja, eles não podem escapar de sua filosofia, de sua lógica, de seus conhecimentos históricos, de seu senso jurídico.⁴⁰⁶

Pode-se tentar ver as coisas com a maior objetividade possível; mas não se pode vê-las com outros olhos exceto os nossos próprios.⁴⁰⁷

Benjamin N. Cardozo também se refere às forças inconscientes que levam um juiz a interpretar a lei e a proferir sua decisão. Mais abaixo da consciência estão outras forças, as simpatias e antipatias, as predileções e prevenções, o complexo de instintos, emoções, hábitos e convicções, que modulam o homem, seja ele membro do Ministério Público, réu ou juiz.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p. 7.

⁴⁰⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M., Op. Cit., p. 109..

⁴⁰⁶ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943. p.13.

⁴⁰⁷ Idem. Ibidem., p. 13.

⁴⁰⁸ Idem. Ibidem., p.104.

Marshall, no caso *Osborne v. Bank of the United States*, 738, 866, dissera que o departamento judicial não tem vontade própria, pois o poder judicial nunca é exercido com o propósito de dar efeito à vontade do juiz; a única vontade que deve prevalecer é a vontade da lei. Benjamin N. Cardozo, ao comentar essa visão de Marshall, afirmou que isso soa maravilhosamente, pois é dito bem e lindamente; mas nunca foi mais que parcialmente verdadeiro, pois:

A própria carreira de Marshall é um exemplo flagrante do fato de estar o ideal fora do alcance das faculdades humanas. Ele deixou na Constituição dos Estados Unidos a marca de seu próprio espírito; e a forma da nossa lei constitucional é o que é porque ele a moldou, enquanto ela era plástica e maleável, ao fogo de suas veementes convicções próprias.⁴⁰⁹

A leitura de Benjamin N. Cardozo torna-se obrigatória para todos aqueles que procuram tratar a questão da (im)parcialidade do juiz racionalmente e objetivamente, sem ilusões idealistas. Segundo ele:

Meu dever como juiz pode ser objetivar, no direito, não as minhas próprias convicções e filosofias, mas as aspirações, convicções e filosofias dos homens e mulheres do meu tempo. Dificilmente poderei fazer isso bem, se as minhas próprias simpatias, crenças e devoções apaixonadas estão com um tempo que passou. 'Nunca seremos capazes de nos gabarmos, em qualquer sistema de interpretação judicial, de haver eliminado completamente a participação pessoal do intérprete. (...).

A experiência do juiz, se acompanhada daquilo que se chama temperamento judicial, ajudará, até certo ponto, a emancipá-lo do poder sugestivo de suas próprias aversões e prevenções. Ela auxiliará a alargar o grupo a que são devidas as suas fidelidades subconscientes. Nunca se extinguirão inteiramente essas fidelidades, enquanto a natureza humana for o que é (...).

As excentricidades dos juizes se equilibram. Um juiz considera os problemas do ponto de vista da história, outro do da filosofia, outro, ainda, do da utilidade social; um é formalista, outro, demasiado liberal; um tem medo de mudanças, outro está descontente com o presente; fora do atrito dos diversos espíritos, bate alguma coisa que tem uma constância, uniformidade e valor médio maiores do que os seus elementos componentes.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Idem. Ibidem., p.105.

⁴¹⁰ Idem. Ibidem., p. 106, 107e 108.

Pode-se refletir sobre o exercício da atividade jurisdicional, segundo o conhecido ensinamento de Ortega y Gasset de que *eu sou eu e a minha circunstância*, em outras palavras, o juiz é um ser humano e a sua circunstância. Isso significa dizer que o juiz deve tomar consciência do mundo no qual se situa a realidade dos autos, inseparável do complexo dos motivos sociais, econômicos e transpessoais que vão além da pessoa do autor e da pessoa do réu por pressuporem os modelos éticos da *Lebenswelt*, da vida coletiva.⁴¹¹ Em suma: “Um juízo valorativo, como é o da sentença, não pode deixar de empenhar o juiz como ser humano”.⁴¹²

Ao se intuir a inexistência da neutralidade ideológica, pois a insistência na neutralidade do juiz não deixa de ser uma inclinação também ideológica e parcial, o que se pretende e se propugna efetivamente é a construção de critérios fundantes da (im)parcialidade, princípio exigido no âmbito jurisdicional, diante de uma condição humana que por si só é sempre inclinada, direcionada, conduzida e parcial.

Aliás, o mistério do julgamento encontra-se construído num determinado paradoxo:

Es en momento del juicio donde radica la grandeza y al propio tiempo la miseria del Derecho. Se ha planteado un problema jurídico ante una persona que debe resolverlo. Para resolverlo es preciso encontrarse por encima de las partes. Y, sin embargo, el juez no está *super partes*: es una parte más, sujeta como tal a todo género de pasiones y errores. De ahí deriva la prohibición divina: ‘No queráis

⁴¹¹ REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. In *Uma nova ética para o juiz*. Coord. José Renato Nalini, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.140.

⁴¹² “Ademais como o juiz está imerso na *Lebenswelt*, e não pode deixar de ser partícipe na vida comum, no ato de sentenciar, quer ele queira quer não, sofre uma tensão ético-psicológica que lhe vem de si mesmo, do que ele sente e sabe por experiência própria, e dos valores sociais que incidem sobre a sua personalidade.

Eu lembro, neste passo, a admirável contribuição dos analistas ingleses do Século XVIII, com a chamada “Moral da simpatia”. Um deles, Adam Smith, um dos fundadores da ciência econômica, declara que o ato de julgar é dos mais difíceis porque pressupõe a capacidade de *colocar-se na posição do outro*. O juiz deve ser imparcial, é certo, mas o acerto de sua decisão depende da capacidade psicológica e digamos até amorosa de situar-se “simpaticamente” na posição do outro, isto é, das partes em litígio (...). A Ética e Moral na Doutrina da Simpatia (...) mostra que o segredo da justiça está em colocar-se na posição do outro, ou seja, que a neutralidade não consiste em ausentar-se das pessoas, fugindo delas, mas sim em se colocar compreensivamente na posição delas”. (Idem. Ibidem., p. 140, 142 e 143).

juzgar', y en esa prohibición, unida a la necesidad de juzgar, radica el misterio del juicio (...).⁴¹³

Francesco Carnelutti há muito tempo mencionou esse paradoxo, afirmando que "(...) o juiz também é um homem. E se é homem, também ele é uma parte: esta é a contradição em que se debate o juiz. Ser um homem e dever ser mais que um homem é o seu drama".⁴¹⁴ Assim, todo ser humano é parte, razão pela qual ninguém pode se apoderar da verdade.⁴¹⁵

A justiça humana é parcial, pois a sua humanidade não pode deixar de se resolver na sua parcialidade. O que se pode procurar fazer é tentar traçar critérios delimitadores dessa parcialidade.⁴¹⁶

2.3 A Manipulação Ideológica da Ordem Jurídica como entrave à (Im)parcialidade

Não se pode negar que o discurso jurídico, de uma maneira geral, configura-se como um espelho fiel da ideologia dominante, não ficando, evidentemente, os operadores do direito alheios a essa manifestação ideológica reinante.

Basta uma análise do momento histórico em que se deu o aparecimento de determinado ordenamento jurídico para se constatar a falta de

⁴¹³ SERRA DOMÍNGUEZ, M., Op. Cit., p. 63.

⁴¹⁴ "Nenhum ser humano, se pensasse no que é necessário para julgar outro ser humano, aceitaria ser juiz. No entanto é necessário encontrar juízes. Esse é o drama do direito". (CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Luís Fernando Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002. p. 31).

⁴¹⁵ "A verdade é como a luz ou como o silêncio, que compreendem todas as cores e todos os sons. Porém, a Física demonstrou que o nosso olho não vê e o nosso ouvido não ouve mais do que um breve segmento da gama das cores e dos sons. Há muito mais, tanto aquém como além da nossa capacidade sensorial. Há cores que não enxergamos e sons que não ouvimos". (Idem. Ibidem., p. 38).

⁴¹⁶ Idem. Ibidem., p. 34.

neutralidade do direito, principalmente do direito positivo de determinado Estado. A influência dos interesses escusos de eventual classe dominante conduz à realização e efetivação da “ordem jurídica”.⁴¹⁷

O direito é fruto de um dado momento histórico, e representa os interesses de uma dada formação social que “(...) manipula os instrumentos normativos e políticos necessários à manutenção de um padrão específico de manipulação”.⁴¹⁸

Na verdade: “Derecho y política son dos caras de una misma moneda: toda argumentación jurídica implica una línea política determinada”.⁴¹⁹

O juiz no momento da sentença penal não pode deixar de observar e de ser eventualmente crítico às diretrizes emanadas por essa classe dominante, que, pelo seu poder econômico, cultural e social, dita os valores e provoca a alienação dos demais cidadãos, “(...) que são levados a crer na utopia de uma ordem legal equilibrada e harmoniosa, na qual os conflitos sócio-econômicos são marcados e resolvidos pela força retórica das normas.”⁴²⁰

Todo juiz, ao julgar, faz uso do processo hermenêutico, o qual deverá levar em consideração aspectos sociais, culturais, políticos e ideológicos persuasórios, como forma de superação da opressão instituída.⁴²¹ O magistrado,

[...]subsumindo o caso concreto à norma jurídica, equalizando direitos conflitantes, não poderá deixar de lembrar que o direito

⁴¹⁷ DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade humana de um julgamento imparcial. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 12, p.236. out-dez. 2002

⁴¹⁸ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

⁴¹⁹ BARCELONA, Pietro. *La formación del jurista – capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Traducción de Carlos Lasarte. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1993. p. 32 e 33..

⁴²⁰ “A ideologia dominante, por deter o poder do Estado, harmoniza os aparelhos do Estado. Há uma continuidade em seus textos que os esclarece e os completa”.(DUARTE, L. B., Op. Cit., p.236.).

⁴²¹ “(...) todo saber objetivante sobre nossa posição na sociedade, numa classe social, numa tradição cultural, numa história, é precedido por uma relação de *pertença* que jamais poderemos refletir inteiramente. Antes de qualquer distância crítica, pertencemos a uma história, a uma classe, a uma nação, a uma cultura, a uma ou a tradições. Ao assumir essa *pertença* que nos precede e nos transporta, assumimos o primeiro papel da ideologia (...)”. (RICOEUR, P., Op. Cit., 1977, p. 92).

funciona como estratagema de controle social, sendo inegável seu caráter político. Ao proferir uma decisão deve ter sempre presente que o discurso legal trabalha estrategicamente com *elementos* ocultos que privilegiam certas camadas sociais e que propagam, dissimuladamente, padrões culpabilizantes na tentativa de encobrir sua enorme carga ideológica.⁴²²

Contudo, mesmo que o magistrado tenha consciência desse estratagema de controle social no momento em que ele se prontifica a realizar a interpretação da norma, não poderá se desvencilhar totalmente das concepções ideológicas de um dado sistema normativo.

Na verdade, “(...) é impossível que uma tomada de consciência se efetue de outra forma que não através de um código ideológico”.⁴²³

O discurso da cultura impõe aos interlocutores a submissão forçada a uma estrutura pré-condicionada. A esse corpo sistemático de representações e normas que ensinam o conhecer e agir chama-se de *ideologia*.⁴²⁴ Assim,

[...] a estrutura da ideologia garante simultaneamente a interpelação dos indivíduos como sujeitos, a submissão ao poder, o reconhecimento mútuo dos papéis, bem como a manutenção da ordem, uma vez que faz com que tudo pareça coerente de maneira como está formulado.⁴²⁵

Considera-se, a princípio, a Revolução Francesa como o grande marco inicial das ideologias modernas. Ainda hoje, as idéias do Iluminismo têm dominado a moderna filosofia política, razão pela qual não se pode negar que se vive num mundo de ideologias.⁴²⁶

⁴²² DUARTE, L. B., Op. Cit., p. 242.

⁴²³ RICOEUR, P., Op. Cit., 1977, p. 71.

⁴²⁴ Para uma melhor compreensão sobre ideologia ver ZIZEK, Slavoj. *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

⁴²⁵ DUARTE, L.B., Op. Cit., p.237.

⁴²⁶ “As ideologias estão presentes em toda parte, enquanto crenças, fundamentações e representações do mundo”. (WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 93).

Disso resulta que as idéias dominantes de uma época, por vezes externadas nos conteúdos normativos de um dado ordenamento jurídico, são da classe dominante ou incorporadas por concessão da classe dominante.

E essas ideologias da classe dominante encontram-se espreiadas em todo tempo e em todo lugar.

Tudo indica que:

O conceito de ideologia, trazido por Marx, veio mostrar que teorias científicas ou filosóficas, aparentemente verdadeiras, escondiam uma realidade (social, econômica ou política), resultando num conhecimento errôneo, ou ao menos questionável, por causa de um condicionamento perturbador da objetividade científica (nesse condicionamento, insere-se o da classe social). Assim, a razão, longe de objetivar a busca da verdade, poderia consistir num recurso para escamoteá-la.⁴²⁷

A ideologia no pensamento marxista, “(...)no es más que una consecuencia de la infraestructura socioeconómica de una sociedad, es decir del estado de sus relaciones productivas”.⁴²⁸

Com notável influência do pensamento marxista, colocou-se em evidência a impossibilidade intelectual de manter a personalidade individual à margem de seus condicionamentos educativos e de classe. Conseqüentemente, “(...)la resolución del órgano judicial estará siempre impregnada de los valores derivados de su historia formativa y familiar, en definitiva estrictamente social y, por tanto, nunca podría ser neutral (...)”.⁴²⁹

Um dos traços característicos da ideologia, segundo Paul Ricoeur, consiste em que:

⁴²⁷ PRADO, Lília Reis de Almeida. *O juiz e a emoção* - aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium, 2003. p. 26.

⁴²⁸ “(...)Es cierto que no cabe una concepción meramente mecanicista de dichas relaciones, pero en cualquier caso las elaboraciones ideológicas estarán íntimamente condicionadas por el contexto social donde se desarrollan (...)”. (VIAGAS BARTOLOMÉ. P. F., Op. Cit., p.82).

⁴²⁹ Idem. Ibidem., p. 83.

(...) o código interpretativo de uma ideologia é mais algo *em que* os homens habitam e pensam do que uma concepção *que* possam expressar.

Para utilizar outra linguagem, direi que uma ideologia é operatória, e não temática. Ela opera atrás de nós, mais do que a possuímos como um tema diante de nossos olhos. *É a partir dela que pensamos, mais do que podemos pensar sobre ela.* A possibilidade de dissimulação, de distorção, que se vincula, desde Marx, à idéia de imagem invertida de nossa própria posição na sociedade, procede dela (...). (grifo nosso).⁴³⁰

Evidentemente que o termo “ideologia” é equivoco, significando por vezes “falsa consciência”, mas, igualmente, tomada de posição (filosófica, política, social, pessoal, estética etc).⁴³¹

Segundo Alejandro Marambio Avaria, o termo “ideologia” pode ser utilizado em dois sentidos distintos:

(...), uno positivo, próprio del pensamiento de Mannheim, según el cuál ideología son los ‘programas de acción ligados a las visiones generales del mundo’ y uno negativo, tomado por Marx, donde el término implica ‘los modos de idealización y racionalización de la realidad ligada a una falsa conciencia de ella.’⁴³²

A referência à ideologia dominante, na realidade, é algo mais do que se fechar ao mesmo tempo numa polêmica estéril pró ou contra marxismo. Deve-se escapar ao fascínio exercido pelo problema da dominação, a fim de que se considere um problema mais amplo, o da integração social, “(...) de que a dominação é uma dimensão, e não a condição única e essencial”.⁴³³

Não se pode deixar de registrar que para Max Weber o fenômeno ideológico é fruto de um processo de racionalização, processo esse que tanto

⁴³⁰ RICOEUR, P., Op. Cit., 1977, p. 70.

⁴³¹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 138.

⁴³² AVARIA, Alejandro Marambo. Notas para uma construcción filosófico-política del pensamiento de alessandro baratta. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, ano 12, set./out. de 2004, (193-236), p.196.

⁴³³ RICOEUR, P., Op. Cit., 1977, p. 64.

deforma a realidade por meio da incorporação dos elementos mágicos do pensamento, como igualmente pode solidificar as idéias, apresentando-as como objetivamente consistentes, em outras palavras, verdadeiras, científicas, adequadas a uma determinada realidade.

Para Talcott Parsons, o principal representante da teoria da ação social, a ideologia é um sistema de crenças:

(...) mantido em comum pelos membros de uma coletividade, um sistema de idéias que orientado para a interpretação da natureza empírica da coletividade e da situação em que está colocada, dos processos pelos quais desenvolvem até seu estado determinado, dos objetivos para os quais seus membros estão coletivamente assentados e da sua relação com o futuro curso de acontecimentos. Para que haja ideologia, deve existir sempre 'um certo nível de comprometimento avaliativo com a crença, enquanto um aspecto da participação como membro da coletividade(...)'.⁴³⁴

Seja no âmbito positivo, como em seu aspecto negativo⁴³⁵, a ideologia é um fator importante da construção do ordenamento jurídico, aliás, conforme já tivera oportunidade de afirmar Louis Althusser, a ideologia seria, pois, essencial para o funcionamento da sociedade porque constituiria uma representação do mundo.

Contudo, em qualquer hipótese, o juiz no momento de proferir sua decisão deve considerar indubitavelmente esse fenômeno social.

Por esta razão, a (im)parcialidade do juiz não deixa de ser alvo dessa condução ideológica que está por detrás do discurso jurídico. Esse discurso, que representa a forma de comunicação desenvolvida na relação jurídica processual, está carregado de manipulação ideológica, sendo o juiz, por vezes, um mero instrumento de sua aplicação e propagação.

⁴³⁴ Apud WOLKMER, A. C., Op. Cit., p.97.

⁴³⁵ "(...) A ideologia, que inicialmente designava uma ciência natural na aquisição, pelo homem, das idéias calcadas sobre o próprio real, passa a designar, daí por diante, um sistema de idéias condenadas a desconhecer sua relação real com o real". (CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1981. p. 25.

O direito processual, seja ele penal ou civil, traz na configuração de sua estrutura procedimental a inserção de valores sociológicos, éticos, políticos e ideológicos “(...) havendo, por isso, íntimo relacionamento entre o direito processual e a ideologia dominante em determinado momento histórico”.⁴³⁶

Com os olhos voltados para uma visão histórica do processo penal, Jorge de Figueiredo Dias sustenta que a forma da constituição política do Estado interfere sobremaneira na estrutura ideológica do processo penal. Desta maneira, diante de um Estado autoritário, o processo penal é construído única e exclusivamente segundo os interesses do Estado totalitário, realçando-se a posição do juiz (sem independência perante o poder público) como supremacia total e limitada sobre o indivíduo.⁴³⁷ O réu é visto não como sujeito co-atuante no processo, mas como um objeto de inquisição, de pesquisa, não sendo considerado um sujeito participante ativamente na relação jurídica processual. No estado liberal, por sua vez, partindo de uma relação Estado-Indivíduo, o réu passa a ser reconhecido como sujeito autônomo de direitos, dotado de direitos naturais ordinários. Insere-se no interior da relação jurídica processual penal um conflito, controvérsia, disputa entre o interesse do Estado, que deseja realizar a persecução penal, e os direitos liberais do acusado que quer afastar de si qualquer medida restritiva de liberdade. Deste modo, o direito processual penal corresponde a um instrumento limitador do poder do

⁴³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 13.

⁴³⁷ Sob esse aspecto, importante realçar a crítica formulada por Francisco Muñoz Conde sobre a participação dos juízes no regime nazista:

“Para valorar la Administración de Justicia de aquella época y el papel que tuvieron los jueces ordinarios en la aplicación del Derecho penal nazi, hay que tener en cuenta que parte de los Procesos de Nüremberg llevados a cabo por los Tribunales norteamericanos tuvo por objeto el enjuiciamiento de algunos jueces que se habían distinguido por sus sentencias especialmente duras (en las que se aplicaba con bastante frecuencia la pena de muerte o el internamiento en campos de concentración) por hechos de escasa gravedad o importancia. De este proceso trata la película dirigida por Stanley Kramer en 1961, ‘Los procesos de Nüremberg’ (cuya versión española en la época de la dictadura de Franco en España fue titulada con el sibilino nombre de ‘Vencedores o vencidos’). Uno de los casos mencionados en dicha película (aunque con el nombre de sus protagonistas y algunos datos ligeramente cambiados) es el del ciudadano judío Katzenberger que fue condenado a la pena de muerte por el delito de ‘ultraje a la raza’ por unos hechos que, todo lo más, si se hubiesen realmente probado, no pasaban de ser un adulterio con una mujer alemana casada(que, por cierto, fue condenada también por falso testimonio a dos años de prisión”. (CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo* – los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 2001. p.17).

Estado em favor do indivíduo acusado, garantindo certa igualdade de armas entre os contendores, razão pela qual o acusado não está mais abandonado à discricionariedade do Poder do Estado, pois sua natureza jurídica passa a ser de sujeito de direitos e garantias individuais. Com aparecimento do Estado-de-direito Social, o processo penal passa a desempenhar funções comunitárias, como propulsor de formas de vida comunitária que asseguram a livre realização da personalidade ética de cada indivíduo. O processo penal passa a desempenhar uma função comunitária, ele próprio é uma parte da ordenação comunitária. Leva-se para o interior do processo penal um assunto de comunidade jurídica que requer o esclarecimento, perseguição e punição do crime e do criminoso.⁴³⁸

Na realidade, todas as construções normativas jurídicas são permeadas pela ideologia política, social e ética do momento histórico em que são elaboradas.⁴³⁹

Aliás, modernamente não mais se admite a concepção meramente maniqueísta de separação entre ideologia e a produção científica. "O discurso científico é um fragmento considerável do funcionamento discursivo das ideologias".⁴⁴⁰

Sendo o processo, numa concepção moderna, um instrumento que deve adaptar-se ao seu objeto e ao seu fim, ou seja, à natureza particular do direito material e à finalidade de tutelar os institutos desse direito, é através desse caráter instrumental que se abre a porta por meio da qual as ideologias penetram no processo. Essa ideologia que ingressa no processo é, sem dúvida, a ideologia que compõe o direito material e de seus institutos.⁴⁴¹

⁴³⁸ FIGUEIREDO DIAS, J., Op. Cit., p. 58-69.

⁴³⁹ CARULLI, Nicola. *Il diritto di difesa dell'imputato*. Napoli: Jovene, 1967. p. 37 e 42.

⁴⁴⁰ ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. p. 55.

⁴⁴¹ CAPPELLETTI, M., Op. Cit., p. 6.

O próprio Direito Penal, objeto de análise no processo penal, não é tido como *ideologicamente neutro*. O direito penal é o setor “(...) más ideologizado de todas las ramas del Derecho”.⁴⁴²

Assim, não se pode inserir o processo penal apenas numa racionalidade teórica abstrata ou meramente instrumental, como se fosse uma estrutura simplesmente técnica voltada a um determinado fim, sem que se observem os valores ideológicos que conduzem à sua formação. É evidente que esses valores políticos ideológicos não interferem apenas na composição estrutural e procedimental do processo, mas, sobremaneira, na forma de participação das partes na relação jurídica processual, e, acima de tudo, no campo de convencimento e maturação racional do juiz que deverá proferir a decisão.

2.4 A Composição Ideológica da “Comunicação Discursiva Lingüística” como Fator Restritivo da (Im)parcialidade Judicial

Impregnado o processo penal por um pluralismo ideológico e valorativo, aliás, como não poderia deixar de ser num sistema democrático, convivem no seu interior pessoas que denotam concepções interpretativas dissonantes, exteriorizadas através da linguagem simbólica desencadeada na relação jurídica processual, mediante sistemas complexos de comunicação entre as partes e o juiz, entre o juiz e as partes.

⁴⁴² “(...)Pero el objeto al que se refiere esa gramática, el Derecho penal vigente en cada país en una época o momento histórico determinado, no es en absoluto neutro, sino quizás la parte más ideologizada de todo el Ordenamiento jurídico (...)” (CONDE, F. M., Op. Cit., p. 48 e 76).

É através da linguagem, do debate, da comunicação, que se expressam as concepções do mundo.⁴⁴³

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “(...) A realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação lingüística mais ou menos uniforme num contexto social.”⁴⁴⁴

No processo jurisdicional, ontologicamente concebido como um instrumento do poder, concretizado por um procedimento animado através de uma relação jurídica em contraditório⁴⁴⁵, denota-se um campo fecundo dessa realização humana comunicativa.

A comunicação desenvolvida no processo jurisdicional moderno, ao contrário do procedimento inquisitório, respalda-se numa concepção dialética radicalizada na racionalidade discursiva; há efetivo respeito ao contraditório.⁴⁴⁶

A partir dessa racionalidade comunicativa, deve-se fazer uma análise da relação do discurso jurídico realizado no âmbito do processo penal,

⁴⁴³ “A linguagem, assim, é constituída no mundo da vida, que é o lugar transcendental onde falante e ouvinte se encontram, e onde se dão os processos de reprodução cultural, de integração social e sociabilização. O mundo da vida, portanto, é a categoria básica de sua teoria de sociedade, além de sugerir a ‘independência da cultura com respeito a coerções externas’. Para Habermas, o mundo da vida é o espaço fora dos controles burocráticos e institucionais, onde se constrói a linguagem num exercício permanente entre falante e ouvinte, em que se buscam a compreensão e consenso, de forma a poder articular ações coletivas.

O mundo da vida é o lugar onde ocorre a ação comunicativa, quando ‘os participantes perseguem, de comum acordo, seus respectivos planos de ação sobre a base de uma definição comum da situação’. A ação comunicativa serve, portanto, para a renovação cultural, a integração social, a criação de solidariedades e a formação de identidades pessoais”. (GUTIERREZ, Gustavo Luiz. *Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade* – uma política de recursos humanos a partir da teoria de habermas. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999. p.27).

⁴⁴⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito* – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p.245.

⁴⁴⁵ SOUZA, Artur César. *Contraditório e revelia*. Perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 263.

⁴⁴⁶ “Não resta dúvidas de que o contraditório foi o princípio mais ferido pela audiência processual penal inquisitória.

E está claro que deveria ser assim, até porque o processo penal inquisitório se funda numa situação de ampla vantagem que o juiz leva sobre a pessoa do ‘argüido’”. (RAMOS, J. G. G., Op. Cit. p. 71).

sugerindo-se, evidentemente, uma perspectiva que venha colocar em dúvida a (im)parcialidade do juiz como é atualmente concebida.

2.4.1 A semiologia política e o discurso jurídico – uma reflexão em face da imparcialidade do juiz

Há uma tendência em se fazer a distinção entre a semiologia e a lingüística. Essa tendência repousa no fato de que, observando-se a história do saber sobre os signos, percebe-se uma contínua e persistente teimosia em inserir esse conhecimento à margem dos problemas ideológicos e históricos.⁴⁴⁷

A lingüística tem por finalidade a análise das significações denotativas dos termos e das suas condições semânticas e sintáticas. A língua, portanto, não deixa de ser um sistema de signos voltado aos fins comunicacionais.⁴⁴⁸

É por isso que se percebe que a linguagem conduz à percepção de uma relação triádica: *signo* (suporte físico – letra grafada no papel), *significado* (realidade do mundo exterior) e *significação* (o que surge na mente de cada um, segundo sua particularidade psíquica ligada à experiência de vida).

Na realidade, “(...) as linguagens não se esgotam nas informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonâncias e normalizadoras das práticas sociais”.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995. p. 11.

⁴⁴⁸ ROCHA, L.S. Op. Cit. p. 35.

⁴⁴⁹ WARAT, L. A., Op. Cit., p. 15.

A linguagem, longe de se limitar a reproduzir passivamente a realidade tal como ela é, “(...) contribuye activamente a configurarla y, de algún modo, a producirla (...)”.⁴⁵⁰

A semiologia, por sua vez, como ciência que estuda os signos em uma dada sociedade, ingressa no campo de análise não teorizado pela lingüística, isto é, “(...) preocupa-se com os processos de produção e mutação das significações conotativas (ideológicas) da comunicação social”.⁴⁵¹

A semiologia passa a ser entendida como teoria hermenêutica das formas ideológicas que dão significação conotativa aos discursos.⁴⁵²

Ao contrário da lingüística, a semiologia aceita como parte de seu objeto a análise discursiva.⁴⁵³

É bem verdade que há uma tendência na semiologia de vincular o discurso aos sujeitos e às suas interações comunicacionais, quando, na verdade, o “(...) o discurso necessita ser vinculado aos diversos elementos do todo social”.⁴⁵⁴

Na visão de Juarez Tavares:

É relevante salientar que com a evolução dos meios de comunicação, a partir da criação do cinema e seu desenvolvimento com a televisão, o que ocorre é a formação de um real imaginário, que se desloca no espaço e se transmite universalmente a todos os sujeitos, gerando expectativas, emoções, sofrimentos, ódios, simpatias ou arrebatamentos, condensados num pequeno aparelho receptor, de forma que seus protagonistas, pela imagem e pela

⁴⁵⁰ COROMINAS, Jordi. *Ética primera – aportación de x. zubiri al debate ético contemporáneo*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, S.A., 2000. p.49.

⁴⁵¹ ROCHA, L. S., Op. Cit. Loc. Cit.

⁴⁵² WARAT. L. A., Op. Cit., p. 17.

⁴⁵³ “Independentemente da discussão que se trava na teoria da linguagem acerca de seus variados vértices, estruturas e contradições, parece pacificado no atual desenvolvimento da semiologia que a linguagem, ao contrário do que sempre se acreditou, não é predominantemente *denotativa*, mas *conotativa*, isto é, não se resume a indicar ou definir os objetos, senão representar também suas significações latentes e suas relações com o sistema de significados enunciados”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.105).

⁴⁵⁴ Idem. Ibidem. p. 104.

linguagem, se vejam inseridos num mesmo mundo, de idênticos valores. Nesse processo de transmissão, a relação conotativa já vem pronta, acrítica, induzindo seus receptores a aceitá-la como verdadeira. A verdade de que tudo não passa, porém, de uma grande encenação, mais ou menos aproximada do real, na medida do interesse dos titulares da transmissão, só pode ser alcançada por aqueles que a construíram.⁴⁵⁵

Contudo, não obstante o avanço teórico da semiologia, há uma certa deficiência para se explicar “(...) as dimensões político-ideológicas da significação e, conseqüentemente, analisar com profundidade o poder dos discursos”.⁴⁵⁶

A semiologia política ou semiologia do poder, direcionada para a análise do poder, procura, fundamentalmente, traçar os pressupostos da produção discursiva a partir de suas ligações com as relações de força da sociedade, bem como pelas determinações ideológicas que a constituem historicamente.⁴⁵⁷

A semiologia política, portanto, ao se desvencilhar da dicotomia língua e fala, inclina-se para uma teoria de formação discursiva composta de implicações ideológicas.⁴⁵⁸ Na verdade, o objeto do discurso não se encontra delimitado nas palavras, na análise interna do discurso, em sua estrutura intralingüística, mas pelas condições de possibilidade dos discursos.⁴⁵⁹

A análise pragmática vinculada à temática da ideologia, “(...) impõe a necessidade de realizar leituras ideológicas dos discursos da ciência”. Isso significa

⁴⁵⁵ Idem. Ibidem., p. 105.

⁴⁵⁶ ROCHA, L. S., Op. Cit. Loc. Cit.

⁴⁵⁷ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁴⁵⁸ “A comunicação jurídica, porém, não se esgota nem nas ações comunicativas propriamente ditas, resultantes de uma prática tradicional, nem nas estruturas lingüísticas de Sausurre. A *comunicação* engloba informação e compreensão”. (TAVARES, J., Op. Cit., p.69).

⁴⁵⁹ ROCHA, L. S., Op. Cit. Loc. Cit.

dizer que o discurso normativo, a fim de que tenha efeito de univocidade significativa, deve postular uma prévia coincidência ideológica.⁴⁶⁰

Na medida em que o homem é um ser que vive na história e na sociedade, a “existência” que o cerca jamais constitui uma “existência em si”, “(...) mas é uma forma histórica e concreta de existência social”.⁴⁶¹

Portanto, a realização do estudo dos discursos jurídicos à margem da perspectiva pragmática constitui uma atitude “cientificista”.⁴⁶²

Na visão de Leonel Severo Rocha, o discurso jurídico, a partir de sua inserção no marco teórico da semiologia política:

(...) é o conjunto das enunciações jurídicas – formações discursivas – produzidas em determinado momento histórico, no Estado e nas instituições, caracterizando-se por possuir um poder que co-constitui decisivamente as relações de dominação na sociedade. O discurso jurídico é uma *produção ideológica, caracterizada pela sua própria singularidade: a ideologia política-jurídica da soberania*. Adianto, por outro lado, que tal concepção não se insere nas correntes que analisam o direito apenas como linguagem. Pelo contrário, considera que o direito não se resume ao discurso, pois, não raro, se expressa explicitamente pela força. A força, em última instância, é o sustentáculo que vai dar eficácia ao direito, constituindo uma de suas condições de significação discursiva. Considero, além disso, que subestimar a influência dos discursos na materialidade social, é contribuir, paradoxalmente, para que eles atinjam seus objetivos políticos-sociais mistificadores”. (grifo nosso).⁴⁶³

Portanto, a análise interna do discurso jurídico tem por objetivo a exteriorização de seu componente político-ideológico, “(...) ocultos por teorizações que miticamente afirmam ser científica”.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ “A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais.” (WARAT. L. A., Op. Cit., p. 47).

⁴⁶¹ MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Trad. Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. p.217.

⁴⁶² WARAT. L. A., Op. Cit., p. 47.

⁴⁶³ ROCHA, L. S., Op. Cit. Loc. Cit.

⁴⁶⁴ Idem. Ibidem. p. 38.

O que se percebe através de uma análise da semiologia política do discurso jurídico é que não existe saber que não esteja vinculado às relações de poder de uma determinada sociedade.

Se o saber está vinculado às relações de poder, evidentemente que o discurso jurídico efetuado na relação jurídica processual igualmente está vinculado a esse conteúdo ideológico político, razão pela qual, insistir-se na caricatura de um juiz imparcial sem se considerar esse aspecto, é esvaziar a história das determinações da sociedade que a constitui.

O ingresso nessa temática, contudo, não significa que se esteja articulando uma ação discursiva de caráter “irracional”. Ao contrário, o que se pretende é desmistificar a afirmação de que a racionalidade discursiva é uma espécie de distância, de neutralidade, nos mesmos moldes da objetividade das ciências da natureza, como se os agentes relacionados na ação discursiva pudessem desvencilhar-se dos condicionamentos vitais, como, por exemplo, os psicossociais. Sustenta-se que a racionalidade aqui concebida é captada no interior da *situação comunicacional*. É bem verdade que “(...) no discurso racional, emoções, costumes, tradições nunca aparecem como gozando de autoridade, no sentido supramencionado, o que não significa, porém, que sejam ignorados”.⁴⁶⁵

2.4.2 A influência das relações de poder no discurso jurídico e na sujeição do juiz – uma visão discursiva em Michel Foucault

Evidentemente que no campo da análise do “discurso” jurídico, a leitura de Michel Foucault é requisito obrigatório. O referido filósofo francês interessou-se, não tanto pelo discurso em si, mas, principalmente, pelas condições

⁴⁶⁵ FERRAZ JR., T. S., Op. Cit., 1997, p. 30 e 31.

de possibilidade dos discursos.⁴⁶⁶ Portanto, o discurso passa a ser visto a partir das condições de produção dos enunciados.⁴⁶⁷

Sobre o desenvolvimento metodológico de Michel Foucault, recomenda-se, preliminarmente, realizar a seguinte ordenação de seu pensamento: a) tem por objetivo uma crítica dos “discursos do poder” na sociedade; b) auto denominava-se “historiador dos sistemas de pensamento”; c) modificou as noções tradicionais de verdade, poder, história, moralidade, libido (sexualidade), postulando uma releitura dos pressupostos e fundamentos culturais; d) a maioria de suas obras concentra-se na idéia de “discurso”, aliada às “ideologias” predominantes e às estruturas de poder.

Michel Foucault argumentava que o “Poder” seria uma tentativa de impor ordem em um mundo em movimento e é exercido em “Sistemas de Conhecimento” e em “Instituições Sociais”. A verdade, portanto, jamais seria absoluta, mas sempre contingente expressão das normas sociais e políticas prevalecentes, produto das relações de poder, e não influência niveladora; no mundo moderno, o poder não é centralizado, mas “permeia” a sociedade. O poder soberano exercido de cima para baixo foi substituído pelo poder disciplinar, o poder de coação exercido por sistemas de controle que vão de instituições penais ao “materialismo consumista”.

É claro que o objetivo central deste trabalho não é uma extensa interpretação de todas as categorias desenvolvidas por Michel Foucault, porém uma pesquisa restrita aos conceitos e institutos vinculados ao magistrado e sua sujeição discursiva em razão do poder disciplinar ou biopolítico que envolve o juiz quando de sua participação na relação jurídica processual penal.

⁴⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Petrópolis: Vozes, 1972. p.43.

⁴⁶⁷ “Nesse sentido, para Foucault, o discurso é o conjunto dos enunciados constituintes do âmbito de uma formação discursiva. Assim, as formações discursivas não podem ser apreendidas senão em função das condições de produção, das instituições que a simplificam, e das regras constitutivas do discurso”. (ROCHA, L. S., Op. Cit. Loc. Cit.).

2.4.2.1 Enfoque principal: o sujeito e ou o poder?

Ao tratar do influxo do poder em relação ao sujeito, Michel Foucault não procurou realizar uma análise circunstanciada do fenômeno do poder, muito menos elaborar os fundamentos de tal perspectiva. Ressalte-se, conforme já teve oportunidade de esclarecer Alessandro Fontana, que o filósofo francês nunca escreveu um livro dedicado exclusivamente ao poder, sendo que sempre ao poder fez referência quando diante de experiências fundamentais: a da loucura, a da prisão, a da sexualidade. Na verdade, é o modo de exercício do poder, seja nas prisões, nos asilos, na polícia que Michel Foucault dedica suas análises.⁴⁶⁸

No final de sua vida, em 1982, o Filósofo nos deixou um legado no qual esclarecia que seu objetivo não foi uma análise pormenorizada do poder, mas, sim, “(...) criar uma história dos diferentes modos pelos quais, em nossa cultura, os seres humanos tornaram-se sujeitos”.⁴⁶⁹

O primeiro modo de investigação do sujeito procurou atingir um grau maior de cientificidade, como é o caso de objetivação do sujeito do discurso na gramática geral, na filologia e na lingüística. Numa segunda perspectiva, a objetivação do sujeito produtivo, do sujeito que trabalha. Em terceiro lugar, a objetivação do simples fato de estar vivo na história natural ou na biologia.

Assim, não é o poder, mas o sujeito que constitui o tema geral da pesquisa elaborada por Michel Foucault.

Contudo, a forma de exercer o poder numa determinada sociedade aplica-se à vida cotidiana imediata que categoriza o indivíduo, assinalando-o com

⁴⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *Estratégia, Poder – Saber*. Coleção Ditos & Escritos. v. IV. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p.VIII.

⁴⁶⁹ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica*. Para além do estruturalismo e da hermenêutica. Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p.231.

sua própria individualidade, ligando-o à sua identidade, impondo-lhe uma lei de verdade. É, evidentemente, uma forma de poder que faz dos indivíduos sujeitos.⁴⁷⁰

Portanto, não obstante o enfoque principal de Michel Foucault tenha sido o sujeito e suas formas de objetivação e sujeição, é evidente que para se percorrer esse caminho há necessidade de se analisar o exercício do poder em sua forma estrutural e pragmática, uma vez que esse poder irá influenciar o juiz na sua concepção de verdade processual.

2.4.2.2 A importância da análise do poder e sua influência na formação do sujeito

Enquanto o sujeito humano é colocado em relações de produção e de significação, é também colocado em relações de poder muito complexas. Sabe-se que a história e a teoria econômica fornecem bons instrumentos para as relações de produção, e a lingüística e a semiótica oferecem instrumentos para estudar as relações de significação; contudo, para as relações de poder não se apresentavam instrumentos de trabalho. O único recurso que se possui são os modos de pensar o poder com base nos modelos legais, isto é: “(...) o que legitima o poder? Ou então, modos de pensar o poder de acordo com um modelo institucional, isto é: O que é o Estado?”.⁴⁷¹

É indiscutível que em Michel Foucault, para que alguém se constitua enquanto sujeito, será inevitável passar “(...) por mecanismos de poder de uma vontade de verdade que nos atravessa, de modo que a constituição de si como sujeito para si mesmo (senhor de seus atos) não pode impedir a passagem pela vontade de verdade”.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Idem. Ibidem. p. 235.

⁴⁷¹ Idem. Ibidem. p. 232.

⁴⁷² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho* – do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr., 2001. p.97.

Não se deve conceber o indivíduo como um elemento nuclear autônomo e independente, segundo a perspectiva de um átomo primitivo. Na verdade o que faz que um corpo, gestos, discursos, desejos sejam identificados e constituídos como indivíduos, é exatamente isso um dos efeitos do poder. O indivíduo “(...) é um efeito do poder e é, ao mesmo tempo, na mesma medida em que é um efeito seu, seu intermediário: o poder transita pelo indivíduo que ele constituiu”.⁴⁷³

Sendo o indivíduo um efeito do poder, pertinente é indagação de como o poder se manifesta.

2.4.2.3 O poder e sua manifestação.

Segundo a teoria clássica, o poder era considerado um direito do qual se seria possuidor como acontece em relação a qualquer bem, razão pela qual poderia ser alienado ou transferido mediante um ato jurídico ou um ato fundador de direito. O poder é algo concreto, que todo indivíduo detém e que viria a ceder, total ou parcialmente.

Na concepção marxista, por sua vez, busca-se uma perspectiva de “funcionalidade econômica do poder”. “Funcionalidade econômica do poder”, na medida em que o papel essencial do poder teria por objeto manter relações de produção e, ao mesmo tempo, reconduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e as modalidades próprias da apropriação das forças produtivas tornaram possível.

⁴⁷³ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

Com base nessa análise bipartida, pode-se dizer que se está diante de um Poder Jurídico liberal ou marxista.⁴⁷⁴

Michel Foucault elabora uma crítica a essa perspectiva de vincular o poder a uma posição secundária em relação à economia ou em o configurar como algo modelado com base na mercadoria (algo que se possui, que se adquire, que se cede por contrato, que se aliena ou se recupera).

Para uma análise não econômica do poder, dispõe-se, primeiramente, da afirmação de que o poder não se dá, nem se troca, nem se retoma, “(...) mas que ele se exerce e só existe em ato”. O poder não seria manutenção e recondução das relações econômicas, mas, em si mesmo, uma relação de força. O poder “(...) é essencialmente o que reprime; é o que reprime a natureza, os instintos, uma classe, indivíduos”.⁴⁷⁵

O exercício do poder consistiria em conduzir condutas, inclusive do juiz e das partes no interior da relação jurídica processual penal.

Sendo o poder uma relação de força, não se deve analisá-lo sob a ótica de um contrato, muito menos sustentar seu caráter de alienabilidade; também não se pode visualizá-lo em termos funcionais de recondução das relações de produção.

Da mesma forma, não se pode observar o poder como simplesmente algo que reprime e que coage. Ao tratar das relações de poder, assim sustentou Michel Foucault:

(...) não se passam fundamentalmente nem ao nível do direito, nem da violência; nem são basicamente contratuais nem unicamente repressivas... é falso definir o poder como algo que diz não, que impõe limites, que castiga... a dominação capitalista não conseguiria

⁴⁷⁴ Idem. Ibidem., p.20.

⁴⁷⁵ Idem. Ibidem., p. 21.

se manter fosse exclusivamente baseada na repressão (...) não se explica inteiramente o poder quando se procura caracterizá-lo por sua função repressiva.⁴⁷⁶

O que importa é compreender o poder em suas extremidades, onde ele se torna capilar, ou seja, tomar o poder em suas formas e em suas instituições mais regionais, mais locais. Exemplo: em vez de procurar saber onde e como na soberania, tal como ela se apresenta pela filosofia, seja do direito monárquico, seja do direito democrático, se fundamenta o poder de punir, Michel Foucault tentou observar como, efetivamente, a punição e o poder de punir consolidavam-se num certo número de instituições locais, regionais, materiais.

O poder deve ser analisado como algo que circula, como algo que só funciona em cadeia. Jamais ele está localizado aqui ou ali, jamais está entre as mãos de alguns, jamais é apossado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona. O poder se exerce em rede, e nessa rede não só os indivíduos circulam, mas estão sempre em posição de serem submetidos a esse poder e também de exercê-lo.⁴⁷⁷

Tudo isso significa que o poder não é algo que parte do centro em direção à periferia, como se poderia imaginar diante da doutrina do Poder Soberano. Para Michel Foucault há necessidade de se fazer uma análise ascendente do poder, ou seja, partir dos mecanismos infinitesimais, os quais têm sua própria história, seu próprio trajeto, sua própria técnica e tática, indo em direção cada vez mais geral, por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global. Não é a dominação global que se pluraliza e repercute para baixo.⁴⁷⁸

Em resumo, em vez de se orientar a pesquisa do poder segundo uma perspectiva limitada e repressiva do edifício jurídico da soberania, para o âmbito dos aparelhos de Estado, segundo as perspectivas ideológicas que o

⁴⁷⁶ Apud SOUZA, A. C., Op. Cit., p.98.

⁴⁷⁷ FOUCAULT, M., Op. Cit., 2002, p. 35.

⁴⁷⁸ Idem. Ibidem., p. 36 e 37.

acompanham, Michel Foucault crê que se deve orientar a análise do poder para o âmbito da dominação (e não da soberania), verificando-se quais seriam os operados materiais e as formas de sujeição, quais seriam as conexões e utilizações dos sistemas locais dessa sujeição. É preciso estudar o poder “(...) fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição do Estado; trata-se de analisá-lo a partir das técnicas e táticas de dominação”.⁴⁷⁹

2.4.2.4 Poder disciplinar

Definido a importância do exercício do poder na constituição estrutural do sujeito, indaga-se, a partir de agora, a forma da participação do exercício do poder na sujeição propriamente dita.

Nos séculos XVII e XVIII aparece aquilo que se poderia denominar de uma nova mecânica do poder, totalmente incompatível com as relações de soberania. Essa nova mecânica de poder incide antes de tudo sobre os corpos e sobre o que eles fazem, mais do que sobre a terra e sobre o seu produto como era na perspectiva do poder soberano. Permite-se, através desse novo mecanismo de poder, extrair dos corpos tempo e trabalho, mais do que bens e riqueza. Segundo Michel Foucault:

É um tipo de poder que pressupõe muito mais uma trama cerrada de coerções materiais do que a existência física de um soberano, e define uma nova economia de poder cujo princípio é o de que se deve ao mesmo tempo fazer que cresçam as forças sujeitadas e a eficácia daquilo que as sujeitas.⁴⁸⁰

Está-se diante do chamado poder disciplinar, o qual tem por objetivo a seleção, normalização, hierarquização e centralização dos indivíduos em uma determinada sociedade.

⁴⁷⁹ Idem. Ibidem., p. 40.

⁴⁸⁰ Idem. Ibidem., p. 42.

Esse novo tipo de poder, desvinculado da soberania, representa uma grande invenção da sociedade burguesa, tendo por finalidade, entre outras coisas, implementar o capitalismo industrial. Esse poder não soberano, alheio, portanto, à forma da soberania, é o poder disciplinar, radicalmente heterogêneo.

É bem verdade que a teoria da soberania continuou a existir como ideologia do direito, continuou e continua a organizar os códigos jurídicos, até como forma de se conferir coações disciplinares de dominação a ser camuflada como exercício efetivo do poder. Em outras palavras, os sistemas jurídicos, sejam as teorias, sejam os códigos, fundamentam uma certa democratização da soberania. Tendo em vista que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismo de dominação e ser camufladas como exercício efetivo do poder, era necessário que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativada pelos códigos judiciários a teoria da soberania.⁴⁸¹

Um direito da soberania e uma mecânica da disciplina: é entre esses dois limites que se pratica o exercício do poder.

O poder se exerce nas sociedades modernas a partir do e no próprio jogo dessa heterogeneidade entre um direito público da soberania e uma mecânica polimorfa da disciplina. Segundo Michel Foucault, as disciplinas apresentam seu próprio discurso. Elas são criadores de aparelhos de saber, de saberes e de campos múltiplos de conhecimento.⁴⁸² Atualmente o poder se exerce através desse direito e dessas técnicas disciplinares que invadem cada vez mais o direito; os procedimentos de normalização cada vez mais colonizam os procedimentos da lei, explicando assim o funcionamento global daquilo que se denomina sociedade de normalização.

⁴⁸¹ Idem. Ibidem., p. 44.

⁴⁸² “Elas são extraordinariamente inventivas na ordem desses aparelhos de formar saber e conhecimentos, e são portadoras de um discurso, mas de um discurso que não pode ser o discurso do direito, o discurso jurídico. O discurso da disciplina é alheio ao da lei; é alheio ao da regra como efeito de vontade soberana. Portanto, as disciplinas vão trazer um discurso que será o da regra; não o da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra natural, isto é, da norma. Elas definirão um código que será aquele, não da lei, mas da normalização, e elas se referirão

Quer-se mostrar como são as relações de sujeição efetivas que fabricam os sujeitos. Michel Foucault preconiza que são todos os mecanismos de sujeições (a da criança ao adulto, da prole aos pais, do ignorante ao erudito, do aprendiz ao mestre, da família à administração pública) e todos os aparelhos de dominação (escola, família, administração) que constituem o pedestal efetivo do aparelho global constituído pelo aparelho escolar.

Contra essa usurpação da mecânica disciplinar, contra a ascensão de um poder que é vinculado ao saber científico, poder-se-ia pensar que a única solução plausível seria a volta a um direito organizado em torno da soberania, articulado sobre esse velho princípio. É regra geral da maioria das instituições (sindicatos de uma maneira geral) objetarem contra o poder disciplinar mediante invocação desse direito, desse famoso direito formal e burguês, que na realidade é o direito de soberania.

Contudo, não é recorrendo à soberania contra a disciplina que se pode limitar os próprios efeitos do poder disciplinar. Michel Foucault pressentiu o problema e sugeriu que: “(...) a luta contra o poder disciplinar se fizesse não apenas em direção a um novo direito liberto das disciplinas, mas que pudesse também se livrar do princípio da soberania”.⁴⁸³

necessariamente a um horizonte teórico que não será o edifício do direito, mas o campo das ciências humanas”. (Idem. Ibidem., p. 45).

⁴⁸³ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. Curitiba: Editora UFPR, 2001. p.203 e 204.

2.4.2.5 Biopoder

A sujeição e a objetivação do sujeito, nos séculos XVII e XVIII, conforme se asseverou, transcorreram mediante técnicas de poder que eram essencialmente centradas no corpo, no corpo individual.⁴⁸⁴

Contudo, a partir da segunda metade do século XVIII, percebe Michel Foucault que algo novo começa a surgir, uma outra tecnologia de poder, não mais voltada para uma perspectiva meramente disciplinar; uma tecnologia de poder que não exclui a disciplinar, mas que a modifica e a integra parcialmente.

Essa nova técnica centra-se em outra superfície, em outra escala, em outro nível.

Essa nova perspectiva de poder, ao contrário da disciplinar, não se dirige ao corpo, mas à vida dos homens. Não se dirige ao homem-corpo, mas ao homem vivo, ao homem ser vivo. Segundo o filósofo francês:

A disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos como o nascimento, morte, a produção, a doença, etc.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ “Eram todos aqueles procedimentos pelos quais se assegurava a distribuição espacial dos corpos individuais (sua separação, seu alinhamento, sua colocação em série e em vigilância) e a organização em torno desses corpos individuais, de todo um campo de visibilidade. Eram também as técnicas pelas quais se incumbiam desses corpos, tentavam aumentar-lhes a força útil através do exercício, do treinamento etc., que podemos chamar de tecnologia disciplinar do trabalho”. (FOUCAULT, M. Op. Cit., 2002, p.288).

⁴⁸⁵ Idem. Ibidem., p. 289.

A disciplina visa gerar multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos.

A nova tecnologia se dirige à multiplicidade dos homens, não na sua perspectiva unitária de corpo individual, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto, que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença. Doenças até certo ponto difíceis de serem extirpadas que, ao contrário das epidemias que são as causas de morte mais freqüentes, revelam-se como fatores permanentes de subtração de forças, diminuição de trabalho, baixa energia, custos econômicos, são objetos do chamado biopoder. São esses fenômenos que passam a ser objeto de uma medicina com função de maior higiene pública, com organismos de coordenação dos tratamentos médicos, de centralização da informação, de normalização do saber, e que adquire também o aspecto de campanha de aprendizado da higiene e de medicalização da população.⁴⁸⁶

Assim, os primeiros alvos de controle do biopoder, após a metade do século XVIII, foram justamente os processos de natalidade, mortalidade e longevidade. Inclusive, é por ocasião dessa época que se lança mão da metodologia estatística com as primeiras análises demográficas.

Será essencialmente o problema gerado pelas cidades.

Portanto, após uma primeira tomada de poder sobre o corpo, visando sua individualização, passa-se para uma segunda fase de poder que, por sua vez, não se dirige ao homem individual, mas sim ao homem-espécie. Está-se diante de uma biopolítica ou biopoder da espécie humana. Segundo Michel Foucault:

⁴⁸⁶ Idem. Ibidem., p. 290 e 291.

Ora, em tudo isso, eu creio que há certo número de coisas que são importantes. A primeira seria esta: o aparecimento de um elemento – eu ia dizer de uma personagem – novo, que no fundo nem a teoria do direito nem a prática disciplinar conhecem. A teoria do direito, no fundo, só conhecia o indivíduo e a sociedade: o indivíduo contratante e o corpo social que fora constituído pelo contrato voluntário ou implícito dos indivíduos. As disciplinas lidavam praticamente com o indivíduo e com seu corpo. Não é exatamente com a sociedade que se lida nessa nova tecnologia de poder (ou, enfim, com o corpo social tal como o definem os juristas); não é tampouco com o indivíduo-corpo. É um novo corpo: corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças, se não infinito pelo menos necessariamente numerável. É a noção de ‘população’. A biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder (...).⁴⁸⁷

A biopolítica irá extrair o seu saber e definir o seu poder no campo de intervenção na natalidade, na morbilidade, nas incapacidades biológicas. É um novo corpo: corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças.

A biopolítica lida com o aparecimento de um novo elemento, a população e seus problemas políticos, político-científico, biológico. Ao contrário do poder disciplinar, a biopolítica lida com outros mecanismos, pois irá se tratar, sobretudo, das previsões, de estimativas estatísticas, de medições globais. Será necessário modificar e baixar a morbilidade; será preciso encompridar a vida; métodos eficazes para estimular a natalidade serão apresentados. Trata-se, enfim, da utilização de métodos reguladores dessa população para se estabelecer um equilíbrio, manter uma média, assegurar compensações.⁴⁸⁸

No final do século XVIII, portanto, vislumbra-se a introdução, com certa defasagem cronológica e que são sobrepostas, de duas técnicas de poder: a) uma técnica disciplinar: centrada nos corpos, produzindo efeitos individualizantes, tornando-os úteis e dóceis; b) uma técnica centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas, próprios de uma população, uma técnica de regulamentação.

⁴⁸⁷ Idem. Ibidem., p. 292 e 293.

⁴⁸⁸ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

E o juiz não está livre dessas técnicas de poder que permeiam a verdade que lhe é imposta.

2.4.2.6 Poder e verdade

Uma vez delineada a significativa incidência e influência do exercício do poder disciplinar e do biopoder na sujeição do sujeito-juiz, seja ele sujeito político ou jurídico, deve-se ressaltar também a íntima ligação entre o poder e a verdade.

Na realidade, o homem é forçado pelo poder a produzir verdade, pois o poder necessita da verdade para funcionar. Por outro lado, o homem é submetido a essa verdade, a qual se transforma em norma (norma aqui não no sentido jurídico, mas como conteúdo disciplinar e biopolítico). O homem é julgado, condenado, classificado, destinado a uma certa maneira de viver e de morrer, tudo em função de eventuais discursos verdadeiros. Como afirma o próprio Michel Foucault: “(...) a verdade não existe fora do poder ou sem poder (...). A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentadores de poder”.⁴⁸⁹

E de fato, “(...) o binômio saber-poder e seu caráter indissociável são uma das características mais conhecidas da teoria foucaultiana”.⁴⁹⁰

A contribuição legada por Michel Foucault sobre o tema saber-poder de imediato reflete a precariedade do nosso saber. O nosso conhecer que por vezes procura uma compreensão total do objeto, de modo dominador, nada mais representa do que uma limitada forma de configuração do saber determinada e determinável no tempo. E esse saber está relacionado com uma série de conexões com determinados discursos e determinadas estratégias de poder coligadas aos

⁴⁸⁹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 8.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986, p.12.

⁴⁹⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. História e Direito Processual Civil. In *GENESIS – Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 17, p. 577, jul/set. 2000.

discursos. Não há, como se supõe hoje, uma branda, inocente, progressiva e isenta busca da “verdade”.⁴⁹¹ É por isso que Michel Foucault, refletindo o pensamento de Friedrich Nietzsche, preconizou:

Nietzsche diz em *A genealogia da moral*: ‘Abstenhamo-nos, senhores filósofos, dos tentáculos das noções contraditórias tais como razão pura, espiritualidade absoluta, conhecimento em-si’. Ou, ainda, em *A vontade de poder* Nietzsche afirma que não há ser em-si, como também não pode haver conhecimento em-si (...). Nietzsche quer dizer que não há uma natureza do conhecimento, uma essência do conhecimento, condições universais para o conhecimento, mas que o conhecimento é, cada vez, o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento.⁴⁹²

Na verdade, o que é questionado é a forma pela qual o saber circula e funciona, e suas relações com o poder.

A partir dessa perspectiva, pode-se criticar a forma de se avaliar a história através dos condicionantes de nossa *episteme* que delimitam e restringem nossa visão sobre épocas passadas. É por isso que Michel Foucault preconiza que a história de um conceito não significa a de seu refinamento progressivo, de sua racionalidade em crescente evolução, mas, sim, através de seus diversos campos de constituição e de validade, a de suas regras sucessivas de uso, dos múltiplos meios teóricos em que foi realizada e concluída sua elaboração.⁴⁹³ A descontinuidade passa ser um elemento importante na análise histórica.

Michel Foucault critica uma análise história através de saberes formais totalizadores, reforçando a necessidade de se buscar uma determinada crítica local do conhecimento, o que por ele foi denominada de *insurreição dos saberes sujeitos*. E por “saberes sujeitos” entendem-se duas coisas:

a) conteúdos históricos que foram sepultados, mascarados em coerências funcionais ou em sistematizações formais;

⁴⁹¹ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁴⁹² FOUCAULT, M., Op. Cit., 1996. p. 24.

⁴⁹³ Idem. Ibidem. Op. Cit., 1972, p.15.

b) uma série de saberes que estavam desqualificados como saberes não conceituais, como saberes insuficientemente elaborados: saberes ingênuos, saberes hierarquicamente inferiores, saberes abaixo do nível do conhecimento ou da cientificidade requeridos.⁴⁹⁴

Foi, portanto, através do aparecimento de conteúdos históricos que se permitiu a elaboração de uma crítica efetiva. É que apenas “(...) os conteúdos históricos podem permitir descobrir a clivagem dos enfrentamentos e das lutas que as ordenações funcionais ou as organizações sistemáticas tiveram como objetivo, justamente, mascarar”.⁴⁹⁵ Assim, pode-se concluir que “saberes sujeitados” são blocos de saberes históricos que se encontravam disfarçados no interior dos conjuntos funcionais e sistemáticos, ressurgidos através de uma crítica de conteúdo erudito. Para Michel Foucault foi o efetivo acoplamento entre os saberes sepultados da erudição e os saberes desqualificados pela hierarquia dos conhecimentos e das ciências, que se forneceu à crítica dos discursos dos últimos anos a sua força essencial.⁴⁹⁶

2.4.2.7 Arqueogenealogia

Para se visualizar os chamados “saberes sujeitados”, seja os eruditos ou os desqualificados, Michel Foucault instituiu uma metodologia denominada de “arqueogenealogia”.

A arqueologia seria o método próprio de análise das discursividades locais. Enquanto que a genealogia seria a tática que faz intervir, a partir dessas

⁴⁹⁴ FOUCAULT, M., Op. Cit., 2002, p.11.

⁴⁹⁵ Idem. Ibidem., Loc. Cit.

⁴⁹⁶ Não se pode deixar de transcrever a seguinte advertência de Giuseppe Bettiol: “L'exigenza sistematica fa perdere la caratteristica *problematica* al pensiero penalistico che è in relazione alla storia, alla cultura, ai contrasti, all'ambiente, agli urti di interessi, al dramma della vita. In sintesi la sistematicità del pensiero giuridico fa perdere di vista la sostanza e l'origine politica dei problemi, delle dottrine, delle costruzioni mentali tipiche del giurista”. (BETTIOL, G., Op. Cit. p.4).

discursividades locais assim descritas, os saberes dessujeitados que daí se desprendem.⁴⁹⁷

Na perspectiva de Inês Lacerda de Araújo:

Arqueologia desnuda as condições em que um saber se forma, evitando a armadilha da verdade representável (...). O arqueólogo do saber desnuda os jogos de verdade pelos quais cada época arma e faz valer certos saberes...

Por outro lado, pensar o vazio da morte do homem acabou sendo uma tarefa para o genealogista que se ocupará com o modo como o corpo foi sendo solapado ao longo da história pelos 'ritmos do trabalho, repouso e festa; intoxicado por venenos, alimentos ou valores, hábitos alimentares e leis morais simultaneamente; ele cria resistências'. A 'cinza' genealógica ocupa-se com esses pormenores, seu saber é erudito, vai a minúcias, evitando a todo custo o que está acima da história, suas significações ideais.⁴⁹⁸

A finalidade dessa arqueogenealogia, portanto, é trazer à luz essa insurreição dos saberes. Não tanto contra os conteúdos, os métodos ou os conceitos de uma ciência, mas uma insurreição em relação aos efeitos centralizadores de poder que são vinculados à instituição e ao funcionamento de um determinado discurso científico organizado no interior de uma determinada sociedade. No dizer de Michel Foucault, "(...)é exatamente contra os efeitos de poder próprio de um discurso considerado científico que a genealogia deve travar o combate".⁴⁹⁹

Talvez um dos aspectos mais importante da filosofia seja aquela indagação que fora formulada no passado por Emmanuel Kant: O que nós somos? num determinado momento muito específico da história.

⁴⁹⁷ FOUCAULT, M., Op. Cit., 2002, p.16.

⁴⁹⁸ ARAÚJO, I. L., Op. Cit., p. 53 e 93-94.

⁴⁹⁹ FOUCAULT, M., Op. Cit., 2002, p. 14.

Michel Foucault com seus ensinamentos realiza uma reflexão crítica da concepção do sujeito transcendental, principalmente a partir do momento em que se observar a influência do exercício do poder na construção desse mesmo sujeito.

A resposta à pergunta quem nós somos deve ser guiada por uma recusa à abstração do estado de violência econômico e ideológico, o qual ignora quem somos individualmente, bem como uma recusa de uma investigação científica ou administrativa que determina quem somos.

Ressalta o filósofo francês que a subjetividade humana decorre de um sujeito histórico suscetível às influências de um determinado exercício do poder centralizador e totalizador. O exercício do poder não é simplesmente uma relação entre parceiros, mas é um modo de ação de alguns sobre os outros. Viver em sociedade é de certa maneira viver de modo que seja possível a alguns agirem a ação dos outros. Uma sociedade sem relações de poder não é concreta, mas abstrata. Por isso, torna-se extremamente necessário, do ponto de vista político, a análise daquilo que elas são numa dada sociedade, de sua formação histórica e de sua legítima influência na subjetivação do sujeito.

O problema político, ético, social e filosófico da filosofia moderna não tem por objetivo libertar o indivíduo do Estado, muito menos das instituições legitimadas, mas nos liberar da individualização que a ele se liga.

Ressalta o filósofo francês que somos submetidos pelo poder à produção da verdade, pois o poder exige essa verdade e necessita dela para funcionar. Além de termos de produzir verdades, somos a ela submetidos, no sentido de que a verdade é a norma.

Deve-se, portanto, buscar novas formas de subjetividade mediante um saber construído com base na ressurreição dos saberes sujeitados (saberes eruditos ou desqualificados por um discurso científico centralizador) escavados na história por meio da arqueologia e devidamente configurado através da genealogia.

Talvez o objetivo principal atualmente não seja descobrir o que somos, mas, sim, recusarmos o que somos.

2.5 Politização e Partidarização da Função Jurisdicional

O certo é que as pessoas têm ideologias, e não podem deixar de tê-las.

As pessoas que desempenham a função de magistrados têm uma inclinação de ordem política e, muito embora privadamente, esta se expressa e se transcende tanto na sua atividade extrajudicial quanto nas idéias que plasmam sua sentença.⁵⁰⁰

A justiça moderna, portanto, não é “apolítica”, sendo que atualmente, mais do que nunca, deve-se reconhecer que o poder judiciário é “governo”.⁵⁰¹

Não há dúvida que a atividade jurisdicional implica no exercício do poder, representado, mais precisamente, pelo escopo político da jurisdição.⁵⁰²

Conforme acentua Eugênio R. Zaffaroni, esta afirmação costuma produzir “ardência”, uma vez que tudo o que se relaciona ao judiciário dá ensejo a gravíssimos mal-entendidos. Como não se define “politização”, as confusões

⁵⁰⁰ ZAFFARONI, E. R., Op. Cit., p. 98.

⁵⁰¹ Idem. Ibidem. p. 24.

⁵⁰² Aliás, a própria definição de processo está coinvólvida com a noção do exercício poder, o que denota a atividade política da jurisdição. Na verdade, a natureza jurídica do processo, especialmente o processo jurisdicional, entende-se como sendo “instrumento do poder, legitimado através de um procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório”. (SOUZA, A. C., Op. Cit., p.133).

alcançam um nível máximo e verdadeiramente perigoso, freqüentemente traduzido em que esta frase feita provoque precisamente o que com ela se quer evitar.⁵⁰³

Assim, para que não se permaneça no campo obscuro dos mal-entendidos, necessário é se fazer a distinção entre “politização” e “partidarização” da função jurisdicional.

Admitida a separação de poderes preconizada por Barão de Montesquieu, ou, numa melhor acepção, a separação de funções, uma vez que o poder é uno, o certo é que o Poder Judiciário não deixa de ser um ramo do Estado. Sendo assim, não se concebe um ramo estatal que não seja político, justamente por ser estatal.⁵⁰⁴

Nesse sentido, nos diversos sistemas democrático-liberais, a função judiciária assume um aspecto mais ou menos político, com diferentes graduações e, segundo alguns, diferentes critérios institucionais.

O ideal num sistema democrático-liberal talvez fosse a total independência das atividades estatais. Contudo, materialmente isso não é possível. Em nosso tipo de sistema, o Poder Judiciário somente pode emergir de um esquema constitucional “misto”. O seu atributo estrutural fundamental é a possibilidade de exercer o *judicial review*, ou seja, “(...) la possibilità di valutare le azioni delle altre strutture autoritative – l'esecutivo e il legislatore – sulla base di alcune scelte di valore dichiarate fondamentali per una data società”.⁵⁰⁵

⁵⁰³ ZAFFARONI, E. R., Op. Cit., p. 94.

⁵⁰⁴ “Esiste una notevole dose di disaccordo sul grado di politicità – reale o potenziale – del comportamento giudiziario. Da un punto di vista ‘tradizionale’, ampiamente diffuso anche nei paesi anglosassoni, la funzione del giudice è vista come ‘la risoluzione di dispute che nascono da comportamenti privati, attraverso una valutazione di questi comportamenti alla luce di norme e principi stabiliti’. Ma di recente, almeno negli Stati Uniti, si è cominciato a sostenere che i ‘giudici devono essere considerati come attori politici continuamente impegnati a formulare decisioni politiche per la società’ e che quindi non possono nemmeno essere ben distinti dagli altri attori del sistema politico”. (GUARNIERI, C., Op. Cit., p. 37).

⁵⁰⁵ Idem. Ibidem. p. 37 e 38.

Conforme reconhece Eugenio R. Zaffaroni, o sistema de *cheks and balances* entre os poderes ou funções, nada mais significa do que uma distribuição do poder político.⁵⁰⁶

Portanto, e tendo em vista que o poder judiciário através do processo cumpre funções políticas, pode-se dizer que o judiciário não deixa de estar “politizado”.

Na verdade, a postura daqueles que criticam a “politização” do poder judiciário tem por objetivo principal garantir a independência do juiz de eventual pressão de partidos políticos, “(...) pelo que talvez fosse mais correto falar de parcialidade partidária ou “partidarização” do poder judiciário (*Giuseppe Torre, “Indipendenza e politicita della magistratura”*).⁵⁰⁷

Defender a “politização” do poder judiciário não significa postular sua “partidarização” que corresponde àquilo que se chama nesse trabalho de “parcialidade negativa”.

Numa feliz expressão, pode-se afirmar não ser possível “politizar” um exercício de poder público que no âmbito de sua natureza ontológica já é, por si só, essencialmente político; contudo, será possível “partidarizá-lo” ou, o que dá no mesmo, “parcializá-lo”, com o que se lhe subtrai a essência da jurisdição, porque se lhe priva do pressuposto da imparcialidade. Submeter os juízes às diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica, de qualquer grupo de poder, importa definitivamente cancelar sua “jurisdição”.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶“Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso. Por conseguinte, não seria possível ‘despolitizar’ o judiciário no sentido amplo da função essencialmente política que ele cumpre”. (ZAFFARONI, E. R., Op. Cit., loc. cit).

⁵⁰⁷ Idem. Ibidem., p. 95.

⁵⁰⁸ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

Observa-se, conseqüentemente, que se está diante de dois fenômenos diversos e que, indubitavelmente, exigem uma clara distinção: por um lado, quanto mais consciente seja um poder judiciário no que se refere ao seu papel político, mais idôneo será para exercê-lo e cumpri-lo, segundo o escopo político da jurisdição; por outro lado, quanto mais partidário ou parcializado for o exercício da jurisdição, menos legítimo será. “A partidarização nada significa do que o cancelamento da dimensão democrática da estrutura judiciária, supressora do pluralismo”.⁵⁰⁹

2.6 “Ativismo Judicial” – Atividade Antidemocrática ou Resultado do Escopo Político da Atividade Jurisdicional

Todas as vezes que se evidencia o caráter político das decisões judiciais, as vozes conservadoras manifestam-se contrárias a essa tendência, sob o argumento de que o “ativismo judicial” configuraria uma postura antidemocrática.⁵¹⁰

O positivismo jurídico é fruto dessa dissociação do ato de julgar com a atividade política, razão pela qual o juiz preserva a vontade geral representada pela lei, apenas agindo no sentido de aplicá-la.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Idem. Ibidem. p. 95 e 96.

⁵¹⁰ “(...) E tal afirmativa é considerada por alguns definitivamente ‘fatal’, no sentido de que ela, e ‘apenas ela’, seria a objeção *decisiva* porque constituiria impedimento absoluto para dita criação, em todo país desejoso de preservar seu caráter democrático”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 93).

“Son conocidos, de otra parte, los intentos de reacción doctrinal frente a las posiciones ‘activistas’. Así, en los Estados Unidos donde se había consagrado una interpretación valorativa, en un sentido transformador del orden social, esencialmente temporal de las normas constitucionales, el ‘originalismo’ mantuvo que es posible extraer un significado unívoco de la Constitución, deducible de la voluntad de los ‘framers’”. (VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p.76).

⁵¹¹ “Nel modello tradizionale, paleopositivistico e giacobino, lo stato di diritto consisteva essenzialmente nel primato della legge, e la democrazia nell’onnipotenza della maggioranza realizzata a sua volta dall’onnipotenza del parlamento. Il ruolo del giudice quale organo soggetto soltanto alla legge veniva conseguentemente a configurarsi come una mera funzione tecnica di applicazione della legge, qualunque ne fosse il contenuto”. (FERRAJOLI, L, Op. Cit., 1999, p. 425).

Para Norberto Bobbio, uma das características da escola da exegese seria a onipotência do legislador, razão pela qual o juiz não cria direito.⁵¹²

Segundo o pensamento de Cesare Beccaria (1735-1793), iluminista que muito contribuiu para a humanização do Direito Penal:

(...) nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem legisladores (...).

Em cada delito o juiz deve fazer um silogismo perfeito: a lei geral deve ser a maior; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for forçado a construir mais de um silogismo, ou queira fazê-lo, abre-se a porta à incerteza.⁵¹³

Evidentemente que essa tendência nitidamente desqualificadora da capacidade dos juízes, conjugada com o “endeusamento” da lei, não se sustenta diante das particularidades de uma sociedade pluralista e complexa.

A “práxis” há demonstrado que muitas vezes a atividade do juiz não é tão subserviente à lei, assim como o ato legislativo não se denota tão representativo da vontade geral como apregoam os dogmáticos positivistas, não passando, muitas vezes, de mero simbolismo do poder ideológico.⁵¹⁴

Na visão de Manuel Hespanha, atualmente há a “crise da lei”, pois a lei não é nem obedecida nem aplicada. Observando desmitificamente o fenômeno legislativo, percebe-se que a lei serve funções diversas, muitas vezes sem qualquer

⁵¹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* - lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999. p. 74.

⁵¹³ BECCARÍA, C., Op. Cit. p. 40 e 41.

⁵¹⁴ “(...)En las democracias parlamentarias occidentales, como ha sido sobradamente señalado, el Grupo que ostenta la mayoría de los escaños pasa a dominar, de hecho, tanto el Ejecutivo como el Legislativo, sin necesidad de obtener la mitad más uno de los puestos de la Cámara. Basta simplemente con que aquella mayoría tuviere el carácter de ‘suficiente’. En consecuencia, las Asambleas Legislativas dejan de cumplir, de hecho, la misión para la que fueron concebidas, dejan de ser el control real del Poder. Anecdóticamente, podría decirse que han perdido también su carácter de depositarias de una Razón universal que surgía del contraste de las palabras (instrumento intelectual por excelencia) de los representantes de la ciudadanía”. (VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p.91).

afinidade com as clássicas funções regulativas. Por diversas vezes a lei é instrumento para anunciar publicamente as intenções do poder. Essa perspectiva simbólica da lei ocorre tanto nos regimes autoritários, como nos democráticos-parlamentares. Nos primeiros, a previsão legal de certos princípios constitui a cobertura interna e externa de sua violação empírica. Nos regimes democráticos-parlamentares, a lei serve, por vezes, para proclamar intenções que se sabe de antemão não se poderem levar a cabo. Assim, a lei deixa de ter uma função meramente regulativa, para servir de instrumento “persuasivo” ou “simbólico”, afetando nosso comportamento, não tanto pela ameaça de sanções, como pela carga “simbólica” de que é portadora. A lei transformou-se para o efeito de conduzir formalmente os programas eleitorais ou de governo ou da plataforma política. A lei deixou, portanto, de representar aquilo que o racionalismo e o Iluminismo tanto exaltaram, uma vez que ela é fruto de *lobbies*, quando não editada para não ser aplicada, assumindo mero valor simbólico.⁵¹⁵

A esse respeito manifestou-se Martin Shapiro:

O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.⁵¹⁶

Evidentemente, conforme afirma Plácido Fernández – Viagas Bartolomé, o desaparecimento de pensamentos “fortes” como indubitavelmente foram as manifestações do pensamento marxista gerou como consequência a uniformidade na maneira de entender o mundo. A princípio, pareceria como se o sistema democrático não tivesse mais inimigos, como se não houvessem mais contradições. Paradoxalmente, contudo, uma perspectiva desta natureza, correspondente ao triunfo final de uma cidadania que desejaria ser dona de seu destino, não significou mais que a desmoralização das massas e o progressivo

⁵¹⁵ HESPANHA, António Manuel Botelho. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva de um paradigma*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 23, 24 e 25.

⁵¹⁶ Apud. CAPPELLETTI, M., Op. Cit., 1999, p. 95.

afastamento da luta pelo Poder Público. E se os cidadãos se desinteressaram disso, é lógico pensar que os instrumentos que os serviam para a conquista do Poder - os partidos políticos - caíram com facilidade nas mãos da única realidade que mantém toda sua força, os interesses econômicos. O desenvolvimento do mercado e a competitividade que caracterizam as estruturas econômicas vão incorporar-se também ao setor público. A Política, entendida como expressão da ideologia, desprestigia-se, pois desaparece seu sentido, e pode ser interessadamente representada como um cenário abandonado à charlatanice e à demagogia.⁵¹⁷

Muito sugestivas são as palavras conclusivas que Pasternak põe na boca de Gordon, o amigo do doutor Jivago, lembradas por Norberto Bobbio: “Aconteceu mais vezes na história. O que foi concebido como nobre e elevado tornou-se matéria bruta. Assim a Grécia tornou-se Roma, assim o iluminismo russo tornou-se a revolução russa”. E acrescenta Norberto Bobbio, “(...)o pensamento liberal e democrático de um Locke, de um Rousseau, de um Tocqueville, de um Bentham e de um John Stuart Mill tornou-se a ação de...(coloquem vocês o nome que preferirem (...)).”⁵¹⁸

Em face dessa metáfora simbólica da lei como “matéria bruta”, não se pode permanecer na ilusória visão de que a democracia é obra do legislativo, e que o “ativismo judicial” pode causar dano à democracia popular, principalmente pelo fato de o juiz não ter sido eleito pelo povo.

Para Eugênio R. Zaffaroni, a democracia não é julgada unicamente pela origem, mas principalmente e fundamentalmente pela função. Segundo o filósofo jurista argentino:

(...)o prioritário no judiciário é sua função democrática, ou seja, sua já mencionada utilidade para a estabilidade e continuidade democrática. É verdade que não é indiferente a forma de seleção, mas neste aspecto o importante será decidir por aquilo que seja mais idôneo ao cumprimento das tarefas democráticas, e isto não pode depender de um dado meramente formal. Ademais, nada autoriza

⁵¹⁷ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit. Loc. Cit.

⁵¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. Rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.33 e 34.

que se qualifique de ‘aristocrática’ qualquer função que seja desempenhada por uma pessoa não eleita popularmente. Ninguém diria que são ‘aristocráticos’ os diretores de hospitais, porque são selecionados por concurso público.⁵¹⁹

Não obstante os argumentos contrários, é a própria história que nos diz claramente que a questão judiciária é uma “questão política”. Basta observar a tendência do Poder Judiciário a partir da revolução francesa e nos diversos países que o institui como poder independente. Na França, havia um poder judiciário submetido à assembléia legislativa, ideologicamente vazio, transformando-se rapidamente numa burocracia militarizada e estreitamente dependente do executivo. Trata-se de um “carreirismo” que servia presidentes, reis, imperadores, primeiros ministros etc. Nos Estados Unidos havia uma Corte decorrente do pacto federal associada ao centralismo, mercantilismo, constituindo-se por muito tempo como escudo de uma mera acumulação capitalista desordenada em oposição radical a qualquer intervenção que garantisse a liberdade de mercado, chegando ao ponto de evitar as medidas destinadas a superar a maior e mais dramática crise que o país já viveu na década de vinte. Ninguém coloca em dúvida que tais questões são na verdade problemas políticos. Essa moldura política do poder judiciário não é diferente em nossa realidade da América latina.⁵²⁰

De tal ordem é o “ativismo judicial”:

(...) que, praticamente, a Revolução Francesa foi desdobrada contra o poder arbitrário dos juizes, mais do que contra o poder monárquico, que em uma monarquia empobrecida e endividada era bastante precário.⁵²¹

Aliás, quem sustenta a essência da (im)parcialidade do juiz, no sentido proposto neste trabalho, deve postular e realçar igualmente certo ativismo

⁵¹⁹ ZAFFARONI, E. R., Op. Cit., p. 44 e 45.

⁵²⁰ Idem. Ibidem. p. 79.

⁵²¹ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

político do ente que decide, o qual, por sua vez, tem certa quantidade de poder público.⁵²²

Se não fosse essa tendência de politização das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, a Alemanha pós-nacionalsocialismo não teria se libertado do falso otimismo do positivismo legal que preconizava a “(...)sujeição do juiz à lei (...)” e, por conseguinte, a “(...)sujeição do juiz à vontade do Führer (...)”, e por meio de uma forçada ficção que essa vontade seria a suma expressão do direito.⁵²³

É através do reconhecimento do “ativismo judicial” que se pode perceber que o Direito não se confunde com a “lei”, que a “lei” e o Direito não são coisas idênticas, e que entre ambos pode existir um abismo.⁵²⁴

2. 7 A (Im)parcialidade diante da Tabela de Valores Culturais

A atividade jurisdicional representa uma “garimpagem” de valores existentes principalmente no âmbito cultural, social e político de uma dada sociedade, os quais, muitas vezes, servem de guia ou de delimitação da ação prática realizada pelo juiz quando da interpretação da norma. Na verdade:

⁵²² Idem. Ibidem. p. 86

⁵²³ SCHMIDT, E., Op. Cit., p.291.

⁵²⁴ Sobre os temas, a “lei e o direito”, a “lei e o pronunciamento judicial”, a “sujeição do juiz à lei”, é de suma importância fazer referência à seguinte passagem de Eberhard Schmidt sobre a práxis alemã após a segunda guerra mundial:

“El OLG Bamberg (27/7/1949) distingue entre ‘leyes groseramente injustas’ que el juez siempre debe aplicar, y ‘leyes contrarias al derecho natural’, que ningún juez puede aplicar. El Kammergericht (occidental) (15/12/1950), declara inaplicable la ley oriental, porque es un ‘acto puramente arbitrario’, y porque ella es ‘contraria a los principios constitucionales, a las buenas costumbres y a la finalidad perseguida por las prescripciones jurídicas existentes’. El AG Wuppertal (27/9/1946), entiende que ya no está sometido al mínimo de la pena legal del §243, apart. 2, del Cód. penal, porque ‘la ley no se puede considerar más como algo rígido y completamente inalterable... despreciando todo sentimiento de justicia’; y porque sobre ‘la ley positiva está la absoluta conciencia del deber de los jueces penales, frente al derecho, a la moral, y a los conciudadanos que tiene que condenar’ (...)”. (Idem. Ibidem. p. 293).

È facile, infatti, osservare che spesso, tra le norme cui il giudice è chiamato a dare applicazione, ve ne sono di quelle che non tanto consentono, quanto piuttosto postulano una concreta ricerca ed un concreto svolgimento di valori, di per sé significativi di opzioni ideologiche e politiche. Donde, la necessità di scelte, cui il giudice può illudersi di sfuggire quando le effettua in senso negativo, e riguardo le quali è invece necessario che si impegni in prima persona la sua responsabilità.

La necessità di simili scelte s'impone soprattutto (ma non soltanto) in relazione ai valori di cui la Costituzione fornisce la tavola fondamentale, e rispetto ai quali anche il silenzio o l'inerzia possono essere opzioni ben precise, e tutt'altro che 'neutre'.⁵²⁵

Deste modo, na presença de determinadas pautas de valores que se vale o magistrado no momento de proferir sua decisão, não há como sustentar que sua atividade seja revestida de “neutralidade”. Na realidade, diante desses valores que influenciam e conduzem a concretização do resultado final da atividade jurisdicional desenvolvida no processo penal, justifica-se uma atitude que passa a ser designada, a partir deste trabalho, como “parcialidade positiva”.

Em qualquer caso, o “mito” de absoluta neutralidade de quem exerce a função jurisdicional deve ser relativizado, pois: “El juez, como cualquier otra persona, posee una determinada escala de valores adquirida por muy diversas vías (su origen y posición social, formación, cultura, etc...) que inexorablemente incide en sus resoluciones judiciales”.⁵²⁶

Manuel Serra Dominguez descreve que a atividade jurisdicional constrói-se por meio de juízos críticos ou de valor, juízo históricos e os juízos lógicos.⁵²⁷

Por sua vez, Plácido Fenández-Viagas Bartolomé estabelece que a formação e a origem social do jurista são fatores preponderantes na determinação

⁵²⁵ CHIAVARIO, M., Op. Cit., p. 69 e 70.

⁵²⁶ PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 23.

⁵²⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M., Op. Cit., p. 71.

de sua ordem de valores, e, portanto, dos princípios e critérios que irão presidir seu trabalho de interpretação. A maneira de raciocinar do juiz, os critérios que inspiram seus julgados estão diretamente vinculados com seu contexto vital. Seu próprio sentimento do “justo” decorre de todos os dados prévios que são estabelecidos pela sua personalidade.⁵²⁸

Evidentemente que a pauta de valores contida no texto constitucional deverá, preferencialmente, ser a bússola que irá guiar o juiz quando do exercício da atividade jurisdicional, pois ali estão delineados os valores assentidos num determinado contexto histórico social.

2.8 A (Im)parcialidade e a Comunicação em Massa

A história demonstra que a grande maioria dos povos sempre fez opção por um julgamento popular e público.

No período antigo, a assembléia de julgamento era composta por integrantes exclusivamente guerreiros e o julgamento se dava em praça pública.

Da mesma forma o procedimento grego era feito publicamente, pois o processo comum, realizado pelo Tribunal dos Heliastas, com competência comum para matéria penal, realizava-se em praça pública e sob a luz do sol.⁵²⁹

No procedimento acusatório popular romano, a publicidade do julgamento também era considerada uma exigência substancial.

⁵²⁸ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p.6 e 7.

⁵²⁹ RAMOS, J. G. G., Op. Cit., p.41.

Na idade média, o julgamento trasladou-se das praças para lugares fechados, contudo, sem perder o procedimento sua publicidade, manteve-se as portas e janelas abertas.⁵³⁰

Observando-se a importância política do princípio da publicidade, bem como as transformações históricas, políticas e sociais ocorridas nos últimos Séculos, verifica-se que modernamente a simples permissão de participação das partes ou de algumas pessoas na sala de audiência não representa uma medida adequada para satisfazer essa exigência republicana.

Modernamente, a publicidade do julgamento se dá muitas vezes através de sua divulgação pelos meios de comunicação, permitindo desta maneira a crítica social em relação à justiça, ou seja, em relação ao controle sobre a administração da justiça. É um controle externo legítimo e democrático.⁵³¹

Contudo, a participação efetiva da sociedade em geral através da comunicação em massa gera reflexos incontestáveis no campo do desenvolvimento da atividade jurisdicional, razão pela qual a importância de sua análise em face do princípio da (im)parcialidade do juiz.

⁵³⁰ “Sólo en líneas generales pueden indicarse las principales modificaciones de la época: la justicia se traslada de los espacios abiertos (plazas) a lugares cerrados (*Rat o Thinghäusern*), aunque sin perder su publicidad, pues puertas y ventanas permanecían abiertas; la acción privada continúa siendo el principal medio persecutorio, pero a su lado se sigue desarrollando la persecución oficial para las infracciones más graves con intervención directa del juez, ya por censura de los *Rügegeschworene*, según explicamos, comparecencia forzada en los casos de flagrancia o confesión de culpabilidad por el mismo autor (...)”. MAIER, Julio B. *La ordenanza procesal penal alemana – su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*. Buenos Aires: Depalma, 1978. p.27.

⁵³¹ BINDER, Alberto. Importância y limites del periodismo judicial. *In Justicia penal y estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 266.

2.8.1 Publicidade imediata e publicidade mediata

Mario Chiavario faz uma nítida distinção entre publicidade imediata e publicidade mediata.

A “publicidade imediata” é aquela inserida no processo penal e que permite a qualquer do povo presenciar o cumprimento dos atos processuais, sem que lhe exija uma particular qualificação profissional, nem uma particular relação entre sua pessoa e o processo (in questo primo senso sembrano da interpretare i testi della Conv. Eur. e del Patto internaz., quando parlano di ‘publico’ *tout court*).⁵³²

A “publicidade mediata”, por sua vez, é aquela permitida pelos trâmites dos meios de comunicação, que se traduz não apenas na exigência de se reconhecer aos jornalistas uma faculdade de presenciar os atos processuais, mas, também, na possibilidade de divulgação desses atos para um número indeterminado de pessoas, através dos meios de comunicação de massa.⁵³³

O objeto específico de análise deste trabalho, por questão lógica, refere-se à “publicidade mediata” e sua influência na (m)parcialidade do juiz.

2.8.2 Publicidade mediata e a (im)parcialidade do juiz

Neste tópico questiona-se qual a ingerência ou influência dos meios de comunicação em massa na formação da convicção do julgador quando da prolação de atos decisórios na relação jurídica processual penal. Que consequência pode acarretar o tratamento mediático dos casos penais para a justiça penal.

⁵³² CHIAVARIO, M., Op. Cit., p. 281.

⁵³³ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

Sabe-se que os meios de comunicação ocidental, modernamente, deixam de ser um simples instrumento necessário de autodeterminação para passar, de forma inconsciente ou conscientemente, a condicionar de maneira cada vez mais intensa as condutas das pessoas.⁵³⁴

Para Plácido Fernández – Viagas Bartolomé, num prazo não muito distante, corre-se o risco dos tribunais de justiça se limitarem a sancionar o que foi previamente decidido pelas massas. A vingança privada e os sentimentos inconscientes de crueldade voltarão a recuperar uma posição que o “pacto social” lhes havia privado. “Puede ser exagerado, es cierto, pero en una matéria como ésta cualquier preocupación es pequeña (...)”.⁵³⁵

Segundo parte da doutrina, caracterizam-se como possíveis prejudicados da publicidade mediata os eventuais acusados.⁵³⁶ Esse dano pode ocorrer antes do julgamento, como também após a decisão penal condenatória, uma vez que a publicidade maléfica poderá causar danos irremediáveis ao direito de ressocialização do condenado (nesse sentido já se manifestou o Tribunal Constitucional Alemão no caso “Lebach, v. GE 35, 202.”). Igualmente, apresentam-se como prejudicados, além dos participantes do processo penal, a própria administração da justiça e o público em geral, mediante a frustração dos efeitos de prevenção geral positiva (esperança de estabilização social da norma) que pode acarretar a versão distorcida da atividade judicial que seja presenciada pelos meios de comunicação. São também prejudicados os próprios meios de comunicação, por exemplo, através do etiquetamento de “sensacionalismo”.⁵³⁷

⁵³⁴ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p.119.

⁵³⁵ Idem. Ibidem. p. 135.

⁵³⁶ “El símbolo más eficaz de la pérdida de la honorabilidad lo constituye actualmente el ingreso en prisión, o la simple incoación del proceso. No hay mayor tacha que la comparecencia ante el Juez en concepto de imputado. Las cámaras fotográficas, el atosigamiento de los reporteros, la imagen tomada por unas televisiones atentas a cualquier señal de inseguridad o de temor (...). En estos casos no será necesario esperar a la conclusión del ‘juicio’, la condena ya habrá sido impuesta pues la sentencia, como razonamiento intelectual, no tendrá la misma fuerza de penetración que la escenográfica llegada a los Palacios de Justicia”. (Idem. Ibidem. p. 123).

⁵³⁷ GUARIGLIA, Fabrício. Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad. In *Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1997. p.90.

Efetivamente, em uma sociedade de massa, a perturbação proveniente dos meios de comunicação pode afetar essencialmente a liberdade de decisão do juiz. Essa possibilidade é extraordinariamente perigosa, principalmente porque não opera diretamente senão através do mundo do inconsciente, do que não é percebido pelos sentidos. O juiz pode estar convencido de sua completa imparcialidade pessoal e, não obstante, sofrer sérios condicionamentos de índole psicológicos decorrentes do pensamento dominante de um determinado grupo social.⁵³⁸

Põe-se em risco, também, a conformação da prova em relação aos fatos efetivamente ocorridos. Pense-se na testemunha amedrontada que poderá defraudar não somente as expectativas processuais quanto à sua atuação. Há riscos à essência do acontecimento em seu conjunto.⁵³⁹

Para se ter uma idéia de como o juiz, assim como qualquer cidadão que convive numa sociedade de informação massificada pela televisão, rádio, cinema, *internet*, *e-mail*, etc., pode ser influenciado inconscientemente ou conscientemente pelos meios de comunicação, parte-se de dois exemplos históricos paradigmáticos ocorridos, o primeiro nos Estados Unidos da América do Norte e o segundo na Argentina.

Em um condado dos Estados Unidos foram cometidos seis homicídios entre dezembro e março de 1954. Os fatos intensamente divulgados pela imprensa causaram grande indignação, não somente no condado em que tinham ocorrido, senão também no condado vizinho. Em abril foi detido o suspeito pelo crime. Após a detenção, o Ministério Público e os Oficiais da polícia apresentaram um comunicado à imprensa em que se afirmava que o acusado havia assumido a

⁵³⁸ “En una sociedad de masas, los paradigmas establecidos por los mismos pueden afectar esencialmente a la libertad de decisión del Juez aislado. Sus posibilidades son además extraordinariamente peligrosas precisamente porque no operan directamente sino a través del mundo del inconsciente, de lo que no es perceptible por los sentidos. Se puede estar convencido de la completa independencia personal y, no obstante, sufrir un serio condicionamiento de índole psicológico a través del pensamiento dominante en un determinado núcleo social”. (VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p.9.).

⁵³⁹ GUARIGLIA, F., Op. Cit., p. 91.

autoria de seis homicídios. Este comunicado foi intensamente publicado pelos meios de imprensa. O réu foi formalmente acusado somente por um homicídio, cometido, supostamente, no dia 23 de dezembro de 1954. Tendo em vista a intensa cobertura do fato pela imprensa, e os efeitos que isso havia causado nos habitantes do condado, o defensor solicitou o desaforamento do júri, o que foi concedido. Porém, para surpresa da defesa, o julgamento foi transferido para o condado vizinho que também havia sido, de certa maneira, influenciado pela publicidade. O defensor, em razão desse fato, requereu novo desaforamento, sendo que seu pedido, desta vez, fora indeferido, sob o fundamento de que a legislação do Estado somente permitia uma única alteração do local do julgamento. O réu foi finalmente condenado. Seu recurso contra a decisão condenatória baseou-se em que a intensa e prévia publicidade do caso *havia afetado a imparcialidade (fairness) do tribunal de jurados*. Neste caso (*Irvin vs. Dowd*), a Suprema Corte dos Estados Unidos ao julgar o recurso interposto pela defesa estabeleceu uma série de critérios, onde se reconheceu a influência dos meios de comunicação em massa sobre o livre convencimento do tribunal. Afirmou a Suprema Corte: a) que o imputado tem direito a um jurado imparcial e indiferente e que a violação disso fere o devido processo legal; b) um jurado que já tenha formado sua opinião não pode ser imparcial; c) a intensa publicidade prévia caracterizando e estigmatizando o imputado, cria um ambiente de comoção pública que impede, de fato, a conformação de um jurado imparcial para o caso. Só para se ter uma idéia da interferência dos meios de comunicação em massa sobre o convencimento dos jurados neste caso, divulgou-se o quadro dos jurados que foram rejeitados durante o processo de seleção prévia para o julgamento. Nesse quadro, 370 jurados interrogados sobre um total de 430 tinham alguma opinião já formada em favor da culpabilidade do acusado. Oito dos doze jurados finalmente convocados pensava que o acusado era culpado. A maioria deles estava familiarizada com o fato e as circunstâncias do caso, incluindo o fato de que os outros homicídios já tinham sido atribuídos a ele.⁵⁴⁰

A Suprema Corte Norte Americana, agregando os fundamentos externados no caso (*Irvin vs. Dowd*) manteve a mesma linha de atuação na decisão

⁵⁴⁰ Idem. Ibidem. p.93.

proferida no caso (*Estes vs. Texas*, (381 US 532 (1965))). Neste caso, o juiz havia exercido sua discricionariedade, permitindo a cobertura fotográfica e televisiva do julgamento. Ocorre que a atuação dos jornalistas havia sido considerada perturbadora na audiência preliminar, razão pela qual todas as câmaras televisivas foram concentradas numa cabina ao fundo da sala de audiência. Bilie Sol Estes recorreu de sua condenação, afirmando que a cobertura pela imprensa o privou de um julgamento justo. A Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, deu provimento ao recurso. Em que pese a Corte não tenha apontado qualquer prejuízo efetivo contra Estes, prevaleceu o voto do juiz Clark, o qual considerou que a amplitude de garantia contida na Décima-quarta Emenda tinha sido violada pela televisão e pelo rádio ao transmitirem o julgamento. Nessa decisão, a Corte agregou os critérios já estabelecidos no caso “*Irvin*”, aduzindo que em casos deste tipo, não necessariamente constitui um requisito para anulação da sentença a demonstração de um *prejuízo concreto* para o recorrente.⁵⁴¹

A Suprema Corte ressaltou também que a ação dos meios de comunicação não afeta apenas a imparcialidade dos jurados que compõem o Tribunal do Júri, mas igualmente a dos juízes singulares, pois os juízes são também seres humanos e são suscetíveis às mesmas reações psicológicas que os leigos.⁵⁴²

Na concepção de Fabrício Guariglia: “El mayor grado de formación técnica del juzgador no constituye una coraza que lo aísele del mundo exterior. Afirmar lo contrario sólo parece posible a través de un acto de fe”.⁵⁴³

⁵⁴¹ A Corte também foi mais além ao ingressar no potencial impacto aos jurados pela transmissão televisiva:“(…)a partir del momento en que el juez del juicio anuncia que un caso va a ser televisado se convierte en una *causa célebre*. La comunidad toda, incluidos los jurados eventuales, se vuelve interesada en todos los detalles morbosos que lo rodean. El juicio que se aproxima inmediatamente asume un estatus importante en la prensa pública y el acusado es altamente publicitado junto con el delito que se le imputa. Cada jurado lleva con él al estrado estos hechos y de este modo incrementa la posibilidad de prejuicio presente en cada caso penal. Cuando la publicidad previa al juicio, en sus distintas formas, ha creado un intenso sentimiento público que es agravado por la transmisión o la difusión fotográfica del juicio, los jurados televisados no pueden sino sentir la presión de saber que amigos y vecinos tienen puestos los ojos en ellos”. (Idem. Ibidem. p.94).

⁵⁴² Idem. Ibidem. p. 94.

⁵⁴³ Idem. Ibidem. p. 105.

Contudo, não obstante a decisão da Suprema Corte favorecer Bile Sol Estes, o juiz Clark destacou a importância da presença física da imprensa nos julgamentos, uma vez que os meios tecnológicos atuais permitem a cobertura televisiva sem os perigos que se presenciaram no caso do julgamento de Bile Sol Estes.

O voto dissidente do juiz Stewart igualmente preconizou a liberdade de imprensa, ao sustentar:

Causa-me grande preocupação a sugestão de que há limites ao direito público de saber o que se passa nos tribunais (...).A idéia de impor a qualquer meio de comunicação a obrigação de justificar sua presença é contrária ao que sempre pensei, no sentido de que a presunção repousa dentro da área das liberdades da Primeira Emenda.⁵⁴⁴

Segundo Alberto Bovino, o importante seria assinalar que a Suprema Corte não revogou a condenação de Bile Sol Estes por inconstitucionalidade da transmissão jornalística, mas porque, no caso concreto, a cobertura do procedimento penal resultou na denegação do direito constitucional de ter o réu um julgamento justo.⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ BOVINO, Alberto. Publicidad Del juicio penal: la televisión en sala de audiencias. In *Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: del Puerto s.r.l., 1997. p.143.

⁵⁴⁵ Idem. Ibidem. p. 139.

A Corte americana teve o mesmo entendimento no caso “Sheppard vs. Maxwel”, 384 US 333 (1966), quando reconheceu o fracasso do juiz de primeiro grau em proteger suficientemente Sheppard da comunicação em massa, considerada como efetivamente prejudicial à parte. Durante a investigação, a polícia colocou à disposição da imprensa os objetos que foram seqüestrados na investigação criminal, autorizou a sua presença durante o interrogatório do acusado e formulou reiteradas declarações sobre pormenores do caso.⁵⁴⁶

Dos precedentes da Suprema Corte Norte Americana, nos diversos casos referidos, chega-se à seguinte conclusão:

(...)la excesiva publicidad previa al juicio, y aun durante él, puede generar un intolerable peligro de parcialidad en el tribunal, que debe ser anulado, de ser posible, a través de medidas precautorias del juez de juicio; si esto ya no resulta posible, la sentencia debe ser anulada, y un nuevo juicio debe tener lugar(...).

Un primer estadio de control se encuentra en el interrogatorio de selección de los jurados eventuales (*voir dire*). En él, el juez del debate, el ministerio publico y la defensa interrogan a los ciudadanos convocados para actuar como jurados. Concluido el interrogatorio, el jurado puede ser aceptado, o recusado, con o sin causa, esta última posibilidad (*peremptory challenge*) limitada a un número máximo para cada parte (...).

Un segundo modo de neutralizar el peligro de parcialidad en el tribunal consiste en el cambio de radicación del juicio (*change of*

⁵⁴⁶ “Se debe señalar que la jurisprudencia posterior de la Corte parece desandar el camino trazado en estos tres casos; concretamente, la Corte ha abandonado la línea restrictiva de “Estes” en cuanto a la admisión de la cobertura televisiva del juicio, asumiendo los potenciales riesgos que ella puede entrañar para la imparcialidad del jurado, y exigiendo la demostración por parte del imputado de la afectación de la garantía en el caso concreto. Al respecto, ver el comentario de García al fallo “Chandler vs. Florida”, 449 US 560 (1981), op cit., pas. 79 y ss.

El debate en torno a la televisación de los juicios, sin embargo, continúa. Al opinar sobre un canal de cable que ofrece a sus abonados cobertura en directo de distintos juicios (Court TV) Alan Dershowitz cuestionó ‘la conveniencia de tener un canal de cable con fines de lucro explotando las miserias de las víctimas de delitos, imputados y otros litigantes para vender jabón, comida para perros y laxantes’.

A sua vez, la jurisprudencia más reciente de la Corte parece también inclinarse por criterios más laxos para el control de los efectos de la publicidad previa al juicio sobre los jurados. Así, el juez Renquist, portavoz de la opinión mayoritaria de la Corte en “Mu’Min vs. Virginia”, 500 US 415 (1991) afirmó que lo determinante en estos casos no era ‘si la comunidad recordada el caso, sino si los jurados tenían opiniones prefijadas tales, que no podían juzgar imparcialmente al imputado’; de esto modo, se justificó la omisión del juez del caso de interrogar a los jurados al momento de su elección sobre su grado de afectación por la publicidad previa”. (GUARIGLIA, F., Op. Cit., p. 96).

venue) cuando no sea posible obtener un jurado imparcial en la comunidad en la que el hecho fue cometido (...). El instituto, sin embargo, se ha vuelto prácticamente obsoleto debido al desarrollo y alcance actual de los *mass media*: ‘cambiar la radicación en estos días apenas representa un poco más que cruzar calles en la aldea global’.⁵⁴⁷

O segundo exemplo aconteceu numa província do norte da Argentina, onde foi descoberto o cadáver mutilado de uma adolescente. O caso comoveu enormemente os habitantes da província. Suspeitou-se que no crime se encontravam envolvidos jovens provenientes de famílias dirigentes da comunidade, e se fala de manobras do governo local. Começa uma serie de manifestações pelo esclarecimento do fato e contra a impunidade que se instaurara na referida província, o que levou à intervenção do governo federal. Os meios de comunicação cobrem com detalhes tudo o que está se sucedendo. Começam os debates na imprensa sobre o caso. Cinco anos depois da aparição do cadáver, e depois de um desfile de juízes na causa, o caso é finalmente levado a julgamento. As audiências são transmitidas ao vivo pela televisão para todo o país. A discussão pública sobre o homicídio se estende a todos os rincões da Argentina, sendo que as transmissões pela televisão do julgamento estão no mesmo pé de igualdade com as telenovelas. As análises da imprensa sobre o caso são de uma intensidade singular: cada palavra, cada gesto dos juízes que integram o Tribunal são esmiuçados. Começam as suspeitas, ampliadas igualmente pelos meios de comunicação sobre a atitude dos membros do tribunal em relação ao caso e sua relação com a velha “*Nomenklatura*” provincial. A abrupta renuncia do presidente do tribunal obriga à interrupção do julgamento; outros juízes também são excluídos. O governo da província, obrigado por uma curiosa “escassez de juízes”, convoca um concurso nacional para integração do tribunal que deverá concluir o caso. O que se indaga neste caso, e depois de tudo o que se sucedeu, é se a futura formação do tribunal seria verdadeiramente imparcial, isto é, desprovida de toda e qualquer influência prévia.⁵⁴⁸

⁵⁴⁷ Idem. Ibidem. p. 98.

⁵⁴⁸ Idem. Ibidem. p.87 e 88.

Através dos aludidos exemplos (americano e argentino), pretende-se desenvolver uma dialética crítica sobre a problematização da influência da difusão na mídia dos casos penais em relação à imparcialidade do juiz.

Como bem observou Jack C. Doppelt (*Generic prejudice: how drug war fervor threatens the right to a fair trial*, in “The American University Law Review”, vol. 40, n. 2, Washington, 1991, pgs. 821 e seguintes), o maior efeito prejudicial da imprensa para o princípio da imparcialidade não reside tanto na divulgação prévia ao julgamento do caso penal, mas, sim, no prejuízo genérico que a imprensa causa com o seu bombardeio informativo em relação a algumas espécies de infração penal (principalmente os crimes de tráfico de entorpecente e consumo de droga) no espírito e no ânimo dos cidadãos e do próprio juiz. Este prejuízo vai além das fronteiras do caso individual e compõem uma aversão emocional para os casos em que essa aversão não pode ser neutralizada por meio dos recursos previstos no procedimento penal, a fim de impedir a publicidade prévia.⁵⁴⁹

Não obstante as dificuldades empíricas de se analisar a influência dos meios de comunicação no resultado dos julgamentos, o certo é que, conforme assevera Fabrício Guariglia, algumas premissas podem ser tidas como verdadeiras, a saber:

a) que los medios de comunicación efectivamente influyen de un modo significativo en la formación de opinión, y b) que esta influencia, con prescindencia de su mayor o menos grado de intensidad en cada receptor del mensaje periodístico, se ejerce en forma más o menos uniforme en toda sociedad. El caso del tratamiento periodístico de hechos presuntamente delictivos, presenta, además, particularidades determinadas: la forma de presentación de los hechos, las *fuentes de información* utilizadas, la *selección* de los sucesos a informar, conducen, prácticamente, a una redefinición mediática del fenómeno delictivo, a la elaboración de una imagen homogénea de la criminalidad, desprovista de todas aquellas características complejas, personales y sociales, que inevitablemente la acompañan, y, por lo general, sumamente distorsionada con relación a su dimensión real. La *unilateralidad* del mensaje periodístico reconoce, a su vez, sus orígenes en las mismas fuentes de información de las que tradicionalmente se nutre: los informes policiales. Es, fundamentalmente, el punto de vista de la policía (o el del investigador) el que se refleja en los medios. Completa el cuadro

⁵⁴⁹ Apud. Idem. Ibidem., p. 99 e 100.

la formulación del contenido de las noticias en el ‘lenguaje del cuento de hadas’, es decir, en el planteamiento del hecho en términos de ‘buenos y malos’. Es en esta dirección en la que se mueve, al menos en la enorme mayoría de los casos, la influencia de los medios en el imaginario social.⁵⁵⁰

A sociedade brasileira não fica à margem dessa questão da publicidade mediata dos casos penais.

Tenha-se em mente as possíveis conseqüências nefastas do conhecido programa Linha Direta, da Rede Globo de Televisão, e tantos outros da mesma espécie, sobre o convencimento do juiz ou dos jurados que porventura deverão julgar os casos que ali são apresentados.

A versão introduzida na “telinha”, e que alcança praticamente todos os lares da sociedade brasileira, é unilateral, decorrendo muitas vezes dos fatos relatados na denúncia pelo Ministério Público, quando não das peças do inquérito policial. Não há, portanto, qualquer dialética na constituição do drama social. A versão “teatral” é fruto, geralmente, da oitiva de pessoas que emocionalmente estão vinculadas ao crime cometido. E o que é mais grave, muitos casos ali representados são de competência do Tribunal do Júri e aguardam julgamento. Sabe-se que o cidadão leigo é mais suscetível ao chamado sensacionalista da imprensa do que o magistrado de carreira.⁵⁵¹

Evidentemente que a propagação desses programas é resultado não só dos aspectos econômicos advindos dos patrocinadores e dos “picos” de audiência, mas também da ineficácia das instituições incumbidas de realizar a prevenção da criminalidade.

⁵⁵⁰ Idem. Ibidem. p. 89 e 90.

⁵⁵¹ “(...) Sob esse aspecto, a publicidade parcial do processo misto acaba sendo uma publicidade unicamente da acusação – da incriminação, da prisão e talvez das provas de acusação – e não da defesa, convertendo-se assim de garantia contra o arbítrio em instrumento ulterior de penalização social preventiva. (...)”. (FERRAJOLI, L., Op. Cit., 2002, p.494).

Não se põe em dúvida o importante papel dos meios de comunicação no sentido de auxiliar na localização de eventuais foragidos da Justiça. O que se questiona, isso sim, é a maneira unilateral como os fatos são narrados, além de, semanalmente, registrar a inoperância da Polícia e do próprio Poder Judiciário em cumprir com eficiência suas funções.

Além do mais, a procura de alguém que se encontra foragido da justiça não pode produzir seu julgamento sumário através dos meios de comunicação, muito menos induzir tendencialmente ainda que inconscientemente aqueles que deverão realizar eventual julgamento do caso criminal.

Nesse ambiente de emissão constante de informações massificadas, até que ponto o juiz poderá formar livremente sua decisão. O problema é que:

(...) a la hora de decidir, puede estar convencido de la ausencia absoluta de presiones. Nadie ha hablado con él para 'aconsejarle', no se le ha marcado ninguna directriz (...). Y, sin embargo, inconscientemente, es posible que dicho magistrado a la hora de elaborar los silogismos intelectuales con los que debe operar, acepte como previos los datos que le hayan sido transmitidos vía informativa.⁵⁵²

Ainda que o juiz seja capaz de desenvolver mecanismos suficientes de alerta mental, seria ele capaz de enfrentar a opinião pública universalmente aceita?

Por outro lado, muitas vezes os meios de comunicação podem fomentar nos juízes idéias delirantes sobre o seu próprio papel na sociedade. Conforme afirma Plácido Fernández-Viagas Bartolomé:

(...). La tentación del heroísmo cómodo, el que se puede alcanzar tras la mesa de un despacho sin apenas otros riesgos reales que los puedan inventarse sus admiradores, es verdad que puede acechar a cualquier persona pero parece grave que le llegue a afectar a un Juez. Sin embargo, en este mundo de confusiones no es extraño que el desconcierto se haya apoderado también de alguno de ellos, surgiendo figuras tan populares como la del denominado 'juez estrella' convencido de que debe desarrollar un papel activo de regeneración social y de lucha contra las corrupciones del sistema.

⁵⁵² VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p. 11 e 12.

Lo que conlleva el olvido de que si el órgano judicial pretendiere participar en cualquier tipo de enfrentamiento con el mismo, perdía las características de su función, convirtiéndose simplemente en una de las partes de un conflicto.⁵⁵³

A racionalidade poderá ser substituída pela ilusão cinematográfica.⁵⁵⁴

Portanto, o problema está em que o juiz, atraído pelos meios de comunicação ou simplesmente temeroso dos mesmos, corre o sério perigo de se deixar influenciar pela comunicação de massa.⁵⁵⁵

2.8.3 Seria efetivamente o controle da liberdade de imprensa uma solução legítima para a garantia da imparcialidade do juiz?

A história da evolução dos meios de informação demonstra que eles sempre estiveram concentrados nas mãos de restritos e privilegiados setores da sociedade.

Em Roma, primeira notícia que se tem sobre os meios de informação no mundo ocidental, verifica-se que a divulgação das informações ficava sob a responsabilidade da elite. Também foi utilizado pelo clero como instrumento de seu papel de liderança espiritual e educador. Ainda hoje os meios de comunicação

⁵⁵³ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁵⁵⁴ “(...)Por eso a los medios de comunicación les resulta extraordinariamente atractivo el papel del Juez. Su figura representa la vuelta a lo oculto, a la decisión personal, las terribles consecuencias de la misma, el miedo a lo desconocido (...). Es decir, todo lo que refuerza los aspectos primarios de la relación de la ciudadanía con el poder”. (Idem. Ibidem. p. 122).

⁵⁵⁵ Idem. Ibidem. p. 14.

e de formação de opinião estão concentrados nas mãos de restritos setores da sociedade capitalista.⁵⁵⁶

Essa tendência de concentração dos meios de informação nas mãos de restritos setores elitizados da sociedade, fez surgir vozes que pregam um maior controle das informações veiculadas pela imprensa.

O problema do controle da difusão periódica dos casos criminais vem sendo objeto de intensa análise no direito comparado, sendo que as distintas soluções até então preconizadas advém, principalmente, do sistema anglo-americano, o qual tem estabelecido um vínculo de causalidade entre a difusão periodística e o temor de parcialidade do julgamento penal, prevendo institutos específicos no sentido de prevenir ou remediar tal situação.

O sistema europeu-continental, por sua vez, somente tem considerado o problema da divulgação pela imprensa como afeto aos sistemas de julgamento pelo Tribunal do Júri. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH): “(...) lo caracteriza, fundamentalmente, como un problema de aquellos sistemas en los que ciudadanos legos participan en el procedimiento como jurados”. Contudo, para parte da doutrina há nessa opção restritiva um grande engano. Na verdade, enquanto que na literatura e na jurisprudência inglesa e americana o problema é analisado de forma mais exaustiva, na produção jurídica europa-continental há apenas algumas referências a essa questão.⁵⁵⁷

A Corte Constitucional Italiana, quando chamada a se manifestar sobre a legitimidade do artigo 164, inc. I, do Código de Processo Penal de 1930, em relação ao art. 21 da Constituição italiana, ou seja, quanto à legitimidade de limitação à divulgação de notícias sobre os atos processuais como forma de garantir a independência do julgamento do órgão jurisdicional, realçou que a proibição de divulgação dos atos instrutórios asseguraria a serenidade e independência do juiz,

⁵⁵⁶ BERTONI, Eduardo A. La crítica política y su relevancia para los tribunales internacionales. *In Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: del Puerto s.r.l., 1997. p. 18.

⁵⁵⁷ GUARIGLIA, F., Op. Cit., p. 92.

protegendo-o de toda e qualquer influência que possa ter a imprensa na investigação bem como na valoração do resultado, evitando, também, alguns comportamentos estranhos que possam obstaculizar a formação do livre convencimento. É oportuno observar, contudo, que a decisão do Tribunal italiano visou, principalmente, ao direito de crítica e não especificamente ao direito de crônica judiciária, porque todas as vezes que se deseja excluir indevidas influências jornalísticas sobre o julgamento penal:

(...) il problema non è quello di vietare o meno à la stampa ed agli altri mezzi di diffusione del pensiero la divulgazione corretta e fedele di quanto nel processo è stato detto o fatto, bensì quello di evitare l'interferenza di un processo giornalistico nel processo penale ancora in corso.⁵⁵⁸

Segundo Glauco Giostra, não há necessidade de se ingressar na delicadíssima temática da gênese psicológica do convencimento do juiz, para se chegar à conclusão de que há aspectos bem mais influentes sobre o convencimento do magistrado do que aqueles produzidos eventualmente pela imprensa. Sob essa perspectiva, o discurso, mais psico-sociológico que jurídico, estaria focalizado não tanto sobre a imprensa, mas, sim, sobre outros centros de poderes *lato sensu* político e econômico, institucionalizados ou não, oculto ou evidente. Não bastaria, certamente, “imbavagliare” os órgãos da imprensa para que o juiz ficasse isolado de toda informação externa: “(...) bisognerebbe inibirgli ogni contatto político, sociale, familiare, culturale ed immergerlo in un ambiente neutro ed impermeabile”.⁵⁵⁹

Sendo verdade que “il giudice non vive vuoto”, mas é, ao mesmo tempo, objeto e sujeito de muitos condicionamentos, o problema se reduz à escolha dessas sugestões que, num sentido ou no outro, possam conduzir ao convencimento daquele que tem por dever a prestação da tutela jurisdicional. E nessa realística forma de ver as coisas, e que restituiu o processo à sua dimensão social, uma imprensa livre, pluralística e independente, ao invés de constituir um

⁵⁵⁸ GIOSTRA, Glauco. *Processo penale e informazione*. 2. ed., Milano: Dott. A. Giuffrè, 1989. p. 86.

⁵⁵⁹ Idem. Ibidem. p. 87 e 88.

obstáculo à imparcialidade do juiz, torna-se um efetivo instrumento para alcançar tal desiderato.⁵⁶⁰

Conforme já teve oportunidade de decidir o Tribunal de Bari, em 26 de março de 1986, uma imprensa livre não pode constituir perigo para a independência do juiz; pelo contrário, informando corretamente a opinião pública, garante a imparcialidade do juiz contra formas de pressões bem mais insidiosas e eficazes que possam se realizar com mais amplitude e agilidade, principalmente quando vigente a regra de que a atividade jurisdicional deve ser realizada em segredo.⁵⁶¹

É bem verdade que na sociedade moderna a crítica política se realiza por meio maciço da comunicação, constituindo-se, muitas vezes, verdadeiras empresas multinacionais que escondem, por detrás de uma máscara que postula a liberdade de imprensa, interesses mesquinhos e totalmente dissociados dos interesses do povo. Mas, mesmo diante desse aspecto, a experiência tem demonstrado que, em muitos casos, deve-se permitir a crítica, ainda que ela esconda interesses escusos, uma vez que assim, pelo menos, há uma mínima possibilidade de controle por parte da opinião pública (no caso: “(...)Observer and Guardian vs. UK (1991), la Corte Europea de Derechos Humanos consideró precisamente que el papel de la prensa era de controlador público)”.⁵⁶²

Outrossim, não se pode esquecer que a liberdade de expressão é um dos pilares da democracia, sendo comum encontrar na jurisprudência de distintos países as seguintes considerações:

(...). Entre las libertades que la Constitución consagra, la de la prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o

⁵⁶⁰ Idem. Ibidem., p. 88.

⁵⁶¹ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁵⁶² BERTONI, E. A., Op. Cit., p.16.

puramente nominal (...) (Corte Suprema Argentina, caso “Abal c\Diário La Prensa”, Fallo 248:291, cons. 25).⁵⁶³

O direito à liberdade de expressão é fruto da interpretação formulada ao artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública (...). Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.⁵⁶⁴

A Convenção Européia de Direito Humanos, em seu artigo 10, ns. 1 e 2, garante a liberdade de expressão nos seguintes termos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber interferencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a una autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, concesiones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la *imparcialidad del poder judicial*. (grifo nosso).⁵⁶⁵

Alberto Bovino apresenta três fundamentos importantes para justificar a liberdade de comunicação dos processos ou julgamentos penais: a) *fundamento político*: “(...) la publicidad como consecuencia de la forma republicana,

⁵⁶³ GULLCO, Hernán. V. La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso. In *Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1997. p.37.

⁵⁶⁴ BERTONI, E. A., Op. Cit., p. 32.

⁵⁶⁵ O n. 2, do artigo 10, da Convenção Européia, prevê que o direito fundamental à liberdade de imprensa pode ser legitimamente limitado quando necessário para garantir a *autoridade e imparcialidade do poder judiciário*. (Idem. Ibidem. p. 23).

en este sentido, apunta prioritariamente a la publicidad como *facultad* de los miembros de la comunidad de controlar a todos aquellos que, de un modo o otro, deciden los destinos de las personas gobernadas”; b) *como garantía do acusado*: “(...) por tratarse de un derecho garantizado al imputado, de jerarquía constitucional, él siempre está facultado jurídicamente a exigir el estricto respeto de su derecho de ser sometido a juicio penal publicamente”; c) *fundamento preventivo da pena*: “(...) la publicidad del juicio penal resulta un instrumento idóneo para producir los efectos preventivo-generales eventualmente atribuidos como finalidad de la pena estatal”.⁵⁶⁶

O mesmo Alberto Bovino, contudo, faz a seguinte advertência:

(...)es evidente que el derecho de la prensa debe tener ciertos límites, sólo legítimos en cuanto se dirijan a la protección de intereses de igual o mayor valor axiológico. Por este motivo, las cámaras pueden ser excluidas cuando la televisión afecte negativamente ciertos intereses o derechos de los intervinientes o, también, aquellos objetivos del procedimiento, considerados fundamentales o esenciales por el ordenamiento jurídico positivo.⁵⁶⁷

A publicidade é a “alma da justiça”, não só porque é a mais eficaz garantia dos testemunhos, mas principalmente porque favorece a “probidade” dos juízes, servindo como freio a um poder que se torna facilmente alvo de abusos, além de assegurar a confiança do público em seus juízes.⁵⁶⁸

O art. 14, n. 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, estabelece a exigência de publicidade de julgamento penal. O órgão de aplicação do Pacto é o Comitê de Direitos Humanos da ONU. Em relação a esse dispositivo, o Comitê preconizou a seguinte interpretação:

⁵⁶⁶ BOVINO, A., Op. Cit. p.113.

Também sustentam o fundamento político do principio da publicidade: NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 451; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner, 1986., t. I., p. 426; BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 102; SCHMIDT, E., Op. Cit., p. 236.

⁵⁶⁷ Idem. Ibidem. p. 138.

⁵⁶⁸ FERRAJOLI, L., Op. Cit., 2002, p.493.

La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general (...). Debe observarse que (...) el Comité considera que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluido los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas.⁵⁶⁹

Em “Chandler vs. Florida” (449 US 560 (1981)), ressalta-se o voto proferido pelo juiz Burger da Suprema Corte americana, relator da decisão da maioria. Nesta decisão observou-se que, não obstante exista certo perigo ao imputado a eventual cobertura jornalística, esse perigo não justifica uma proibição genérica da cobertura televisiva dos julgamentos penais. Salientou-se, também, que a cobertura dos meios de comunicação não interfere com os procedimentos judiciais.⁵⁷⁰

Na realidade, a questão não é impedir os meios de comunicação de divulgar o conteúdo de um determinado processo penal ou mesmo o seu julgamento, mas, sim, fiscalizar a forma ideológica como essa informação será passada ao público em geral, e a influência que essa interligação - público e informação - poderá acarretar na imparcialidade do juiz. Eis, aí, o grande desafio.

⁵⁶⁹ BOVINO, A., Op. Cit., p. 122 e 125.

⁵⁷⁰ Contudo, é importante assinalar que a Suprema Corte voltou a analisar outros casos, e nesses precedentes passou a ter um comportamento diverso. Várias decisões afirmam que a imprensa não tem um direito constitucional de acesso privilegiado às fontes de informação (“Branzburg vs. Hayes”), e que a Constituição não outorga à imprensa um direito de acesso especial à informação distinto da do público em geral (“Pell vs. Procunier”). Igualmente, decidiu-se que nem o público e nem a imprensa podem invocar um direito constitucional de um julgamento público (“Richmond Newspaper Inc. vs. Virginia”), e que não há um direito constitucional de gravar e difundir um testemunho produzido em juízo (“Nixon vs. Warner Communications Inc.”). Decisões citadas *in* BOVINO, A., *ibidem.*, p. 139 e 140.

2.8.4 A regulamentação da publicidade do julgamento penal no ordenamento jurídico de direito comparado

Amparando-se no trabalho desenvolvido por Alberto Bovino, passa-se a uma análise da publicidade do julgamento penal no ordenamento jurídico de alguns países.⁵⁷¹

Na Argentina, a publicidade se considera consequência necessária da forma republicana de governo, estabelecida no art. 1º da Constituição Nacional e nos artigos 363 e 364 do C.P.P. Nacional.

Na França, considerou-se a publicidade do julgamento penal como garantia do imputado a um julgamento público, assim como prerrogativa de liberdade da imprensa em realizar sua cobertura.

Na Alemanha, a publicidade tem por fundamento o controle popular dos julgamentos que são produtos das transformações políticas e sociais do século XIX. Atualmente, tem-se questionado esse fundamento, alegando-se que a publicidade na verdade põe em perigo os direitos do imputado e de outros participantes, ao invés de servir como mecanismo de proteção.

Na Grécia, proíbe-se o ingresso da imprensa (radio e televisão) durante o julgamento penal, nos termos da Lei n. 2.145 de 1993.

Na Escócia, não se permite a transmissão por radio ou televisão dos procedimentos judiciais, nem mesmo que se utilize gravador durante a audiência de julgamento.

Na Itália, admite-se a transmissão televisiva do julgamento penal em dois casos:

- a) quando haja consentimento das partes; e
- b) quando o juiz crê que a transmissão pela televisão tem um benefício educativo particular.

Segundo o artigo 209 da Constituição Portuguesa e 321 do C.P.P. português, os julgamentos são públicos, exceto nos casos em que se requer a proteção da dignidade humana e da moral pública.

O novo Código de Processo Penal da Costa Rica, aprovado pela Lei n. 7.594, traz uma importante inovação em seu artigo 331, *in verbis*:

Artículo 331. – *Participación de los medios de comunicación.* Para informar al público lo que suceda en la sala de debates, las empresas de radiodifusión, televisión o prensa podrán instalar en la sala de debates aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros. El tribunal señalará, en cada caso, las condiciones en que se ejercerán esas facultades. Podrá, sin embargo, por resolución fundada, prohibir esa instalación cuando perjudique el desarrollo del debate o afecte alguno de los intereses señalados en el artículo anterior. Si el imputado, la víctima o alguna persona que deba rendir declaración solicitan expresamente que aquellas empresas no graben ni su voz ni su imagen, el tribunal hará respetar sus derechos.

Nos Estados Unidos não existe uma regulação padrão.

A Flórida, por exemplo, em 1977, foi o primeiro estado a permitir o ingresso de câmaras de televisão em diversas classes de audiências judiciais, regulando sua intervenção por meio de regras específicas. Em Illinois, admite-se a imprensa nos tribunais de alçada (*Courts of Appeals*), mas não nos tribunais de julgamento (*Trial Courts*). A grande maioria dos Estados exige o consentimento do juiz que preside o tribunal como requisito indispensável para a realização de cobertura jornalística, conferindo-se ampla discricção ao tribunal para autorizar ou não a transmissão. Geralmente os tribunais impedem o acesso da imprensa quando o processo envolva criança ou adolescente, vítimas de delitos sexuais, segredos comerciais, ou caso de conflitos domésticos ou familiares. O sistema federal, por sua

⁵⁷¹ Idem. Ibidem. p.124 a 137

vez, não autoriza o acesso dos meios de comunicação às audiências públicas. Em 1994, a *US Judicial Conference* - órgão que estabelece a política judicial do poder judiciário federal e é dirigido pelo presidente da Suprema Corte – rechaçou a autorização para cobertura jornalística nas audiências perante tribunais de sua alçada. Entenderam os participantes do *Judicial Conference* que o efeito intimidatório da televisão e da imprensa em geral sobre algumas testemunhas ou jurados era um motivo preocupante e que qualquer efeito negativo sobre eles poderia ser uma ameaça à administração da justiça.⁵⁷²

2.9 A Psicologia e a Psicanálise como Ciências Problematicadoras da (Im)parcialidade do Juiz

O judiciário ao concretizar o exercício do poder através do processo deverá fazer uma opção normativa, segundo a apreensão cognitiva realizada pelo juiz em sua atividade jurisdicional, conduzida tanto pelas diretrizes ideológicas das partes, da sociedade, como pela formação ideológica, cultural, social, política e porque não dizer psicológica do próprio juiz.⁵⁷³

É perceptível intuitivamente que o juiz não é (im)-parcial.

Seja conscientemente ou inconscientemente, o juiz estará sujeito às influências de suas convicções ideológicas, de sua formação política, histórica, cultural e social, além das pressões do *inconsciente individual e coletivo*.⁵⁷⁴

⁵⁷² Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁵⁷³ “Não é demais lembrar, com Freud, que o passado, a tradição da raça e do povo vive nas ideologias do superego e só lentamente cede às influências do presente no sentido de mudanças novas”. (STRECK, L. L., Op. Cit., p. 299).

⁵⁷⁴ “As mudanças históricas são como que permeadas pelo psíquico e pelo espiritual, os indivíduos nos seus grupos e dentro dos antagonismos sociais condicionados por muitas causas são seres psíquicos, e por isso a psicologia é necessária à história”. (HORKHEIMER, Max. *Teoria Crítica*. Tomo I. São Paulo: Perspectiva S.A., 2003. p. 27 e 28).

Quanto à influência dos aspectos psicológicos no ato de julgar, adverte Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Para não ser viável, portanto, não levar em consideração a penetração, queira-se ou não, de elementos inconscientes completamente arredios ao sistema, no ato decisional da jurisdição, por exemplo. Isso, por sinal, sempre se soube, tanto quanto procurou-se manter intocável, dado o império da razão, se se toma como ponto de análise a experiência cotidiana. Aqui os elementos externos ao sistema penetram nele sem qualquer controle, até porque, deles, nada se sabe a não ser os resultados. Alguma certeza, sem embargo, tem-se, mas não aquela farisaicamente pretendida a partir de um 'a priori' legal (...). Como qualquer ser humano, os juízes têm consciência; e a inconsciência. Em outras palavras, trazem consigo a marca do humano; e pagam um preço alto por isso e por estar naquele lugar: sofrem!⁵⁷⁵

Para Miguel Reale, o juiz como membro de uma determinada sociedade sofre uma tensão ético-psicológica dos valores sociais que incidem sobre sua personalidade.⁵⁷⁶

Aliás, a inserção das características pessoais do julgador, ou seja, sua realidade pessoal no momento de julgar, já vem sendo sustentada há tempo, desde que as concepções marxistas agregaram as descobertas freudianas do inconsciente, que marcam a crise da filosofia do consciente.⁵⁷⁷

A psicologia se vê às voltas com uma dimensão pouco conhecida do psiquismo, e que é responsável por certos comportamentos da personalidade: o inconsciente.

Sigmund Freud ao colocar em cheque a noção de consciência e ao descrever o inconsciente acaba com a ilusão de um conhecimento *imparcial e neutro*

⁵⁷⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. *Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 71.

⁵⁷⁶ REALE, M., Op. Cit., p. 142.

⁵⁷⁷ "Talvez, então, a razão para o repetido retorno de Freud das sombras seja o fato de ele, depois de tudo ser dito e feito, ser indispensável". (KAHN, Michael. *Freud básico – pensamentos psicanalíticos para o século XXI*. Trad. Luiz Paulo Guanabara. 2. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 22).

da realidade, uma vez que é inevitável a participação reflexiva dos valores adquiridos pelo sujeito do conhecimento, no momento em que realiza o processo de cognição e, porque não dizer, o processo hermenêutico.⁵⁷⁸

Na concepção de Oscar Cesarotto e Márcio Peter de Souza Leite, citados por João Gualberto Garcez Ramos, a psicanálise, atualmente, mais que um instrumento terapêutico, impõem-se: “(...) também como discurso teórico de referência obrigatória no campo das ciências humanas”.⁵⁷⁹

Desta forma, o conceito de inconsciente rompe com a racionalidade pura e *imparcial*.⁵⁸⁰ Não há, portanto, consciências puras, destituídas de significações prévias imperceptíveis pelos sujeitos do conhecimento. É pura ilusão afirmar que a racionalidade é que por si só propulsiona o processo de conhecimento da realidade.

Sigmund Freud ao tratar dos fenômenos mentais observou a existência de três regiões bem definidas: *o consciente, o pré-consciente e o inconsciente*.

Denomina-se *inconsciente*, o processo psíquico cuja existência se supõem e que está em franca atividade no momento do conhecimento, em que pese, nesse instante, nada se saiba a seu respeito.

⁵⁷⁸ “(...)”. Em *Open Minded*, Jonathan Lear nos lembra que é um erro pensar que Freud era um mero médico de neuroses. Ele foi um profundo explorador da condição humana, de uma tradição que remonta a Sófocles e Shakespeare, e, nessa exploração, descobriu que existem importantes significados do bem-estar humano que são obscuros à consciência imediata (...). (Idem. Ibidem., p. 23 e 24).

⁵⁷⁹ Apud RAMOS, J. G. G., Op. Cit., p. 451.

⁵⁸⁰ “A palavra “inconsciente” tem muitos significados. Pode significar *dormindo*; pode significar *automático*, tal como parar num sinal de trânsito; pode significar *devaneio*, quando não se percebe o que está ocorrendo ao redor; pode significar *neurologicamente programado*, como quando se acerta uma bola de beisebol após muita prática. Ao utilizar o termo (como utilizo neste livro), Freud estava se referindo àquela parcela da vida mental, de longe a maior, da qual não estamos cientes, aqueles impulsos a idéias, aqueles desejos e medos que operam de modo velado e exercem uma poderosa influência sobre as nossas atitudes e comportamentos”. (KAHN, M., Op. Cit., p. 24 e 25).

Ao *inconsciente* que se encontra apenas latente, e que rapidamente torna-se *consciente*, chama-se *pré-consciente*.

A *consciência*, por sua vez, será a zona sensorial que percebe o conteúdo emanado pela *pré-consciência* (instância crítica) e a *inconsciência* (instância criticada).

Para Sigmund Freud, há três regiões no aparelho mental do indivíduo, ou seja, *o superego*, *o ego* e *o id*, que são instância da personalidade mental e que possuem características diversas.

O *superego* é a instância que rechaça e reprime o ego, punindo o homem com censuras dolorosas, através da aplicação de um rígido padrão moral.

O *ego*, por sua vez, é instância voltada para o mundo externo, funciona como instrumento de captação do que advém do exterior, sendo que, durante o seu funcionamento, ocorre o que denominamos de fenômeno da consciência. Ele representa o mundo externo perante o *id*.

Por sua vez, o *id* está sujeito às influências somáticas, contendo no seu interior as necessidades instituais. Os instintos alimentam o *id* de energia, sem qualquer preocupação com uma organização estrutural, deixando-se levar apenas pelos instintos. O *id* não conhece nenhum julgamento de valor, desconhece o bem, o mal, a moralidade, pois não está ligado ao tempo e ao espaço; limita-se à satisfação do prazer.

Nessa medida,

[...] o ego destrona o princípio do prazer e o substitui pelo princípio da realidade. Introduce, por outro lado, a relação com o tempo. Dessa forma, o ego sintetiza o conteúdo, combinando e unificando, nos seus processos mentais, a desorganização presente no *id*. Evolui da percepção dos instintos ao controle destes. Significa razão e bom senso, ao passo que o *id* significa paixões indomadas. O ego serve, portanto, a três tirânicos senhores, que são o mundo externo, o *superego* e o *id*. Representa as exigências do mundo externo, recomenda-se como objeto para atrair para si o libido do *id*, e é

observado a cada passo pelo superego severo que estabelece padrões rígidos de conduta.⁵⁸¹

Sigmund Freud, por sua vez, analisou a consciência como um saber impregnado pelos processos inconscientes, o que a impede de somente ser explicada como um impulso finalístico racional.

A noção de *inconsciente* revelada por Sigmund Freud demonstrou que a razão é menos poderosa do que se pensava, uma vez que a consciência não é *imparcial*, pois se encontra às voltas com forças profundas e desconhecidas.

Segundo o aludido psicanalista, a psicanálise propõe mostrar que o Eu não somente não é senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a contentar-se com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica (...). A divisão do psíquico num psíquico consciente e num psíquico inconsciente constitui a premissa fundamental da psicanálise, sem a qual ela seria incapaz de compreender os processos patológicos, tão freqüentes quanto graves, da vida psíquica e fazê-los entrar no quadro da ciência (...). A psicanálise se recusa a considerar a consciência como constituindo a essência da vida psíquica, mas nela vê apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar.⁵⁸²

Muito embora Michel Foucault num primeiro momento tenha dito faltar a Sigmund Freud uma gramática do imaginário, reconhecendo que o conteúdo dos sonhos não pode ser buscado apenas no nível das imagens, posteriormente adotou postura radicalmente oposta, quando, referindo-se às ciências humanas, lugar decisivo foi atribuído ao conceito de inconsciente:

Eu acho, aliás, que é precisamente em torno da elucidação do que é o inconsciente que a reorganização e o recorte das ciências humanas foram feitos, quer dizer, essencialmente, em torno de Freud; e essa definição positiva, herdada do século XVIII, da

⁵⁸¹ DUARTE, L. B., Op. Cit., p.233.

⁵⁸² FREUD, Sigmund. *Cinco lições sobre a psicanálise*. v. XVI das Obras Completas. Rio de Janeiro: Imago. 1988. p.15.

psicologia como ciência da consciência e do indivíduo, não pode mais valer, agora que Freud existiu.⁵⁸³

Para Michel Foucault a descoberta do inconsciente trouxe soluções para um enorme número de problemas, seja a oposição indivíduo/sociedade, seja a oposição alma/corpo. Nosso corpo faz parte de nossa *psyché*, diz o filósofo francês.⁵⁸⁴

Segundo Michel Foucault:

(...) o inconsciente foi descoberto 'literalmente por Freud como uma coisa, ele o percebeu como um certo número de mecanismos que existiam no homem em geral, e em tal homem em particular. Será que Freud, deste modo, destinou a psicologia a uma coisificação racial contra a qual em seguida toda a história da psicologia moderna não cessou de reagir, inclusive Merleau-Ponty? E a psicologia passa a existir aí, apenas como crítica, observa Foucault. Para ele, essa mudança não quer dizer que no nível de todo saber positivo a presença do freudismo tenha mudado as observações do comportamento humano. O freudismo é uma mutação arqueológica profunda, mas não é 'uma metamorfose geral de todo saber psicológico'.⁵⁸⁵

Michel Foucault também retoma a tese de Jacques Lacan sobre a estrutura do inconsciente, afirmando que o inconsciente tem uma estrutura de linguagem. Para o filósofo francês, Sigmund Freud é um exegeta, não um semiólogo; é um interprete, não um gramático. Há necessidade de descobrir sobre quais leis os signos do inconsciente querem dizer o que querem dizer. A semiologia entra em cena para desvendar o que um conjunto de signos quer dizer.⁵⁸⁶

Assim:

Freud, de fato, decifra, quer dizer, ele reconhece haver uma mensagem, ele não sabe o que quer dizer essa mensagem, ele não sabe segundo quais leis os signos podem querer dizer o que querem

⁵⁸³ FOUCAULT, Michel. Problematização do sujeito: psicologia, psiquiatria e psicanálise. In *Ditos & Escritos*, n. I, Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p.XIII.

⁵⁸⁴ Idem. Ibidem. p. XIII e XIV.

⁵⁸⁵ Idem. Ibidem. p. XIV.

⁵⁸⁶ Idem. Ibidem. p. XIV e XV.

dizer. É preciso então, ao mesmo tempo, que ele descubra em um único movimento o que quer dizer a mensagem, e quais são as leis pelas quais a mensagem quer dizer o que ela quer dizer. Vê-se então que o inconsciente, como Foucault o entende, apresenta um enigma e o interpreta, produzindo uma interpretação cifrada. É preciso que o inconsciente seja portador não apenas do que ele diz, mas da chave do que ele diz. E aí está, vê Foucault, a razão pela qual a psicanálise, a experiência psicanalítica sempre apaixonaram a literatura.⁵⁸⁷

Carl Gustav Jung, por sua vez, reconhece o chamado inconsciente coletivo. Esse conceito traduz a idéia de que a psique não sofre influências apenas interiores, mas também exteriores. Assim, se o inconsciente pessoal (Freud) constitui-se do material reprimido na história do indivíduo, o inconsciente coletivo apresenta origem anterior, pois é uma estrutura psíquica herdada da evolução da humanidade, renascida em cada indivíduo e contém padrões de funcionamento que dão à nossa espécie qualidades específicas.⁵⁸⁸

O inconsciente coletivo desenvolve-se através da soma dos instintos e seus correlatos, os arquétipos. Pode-se inclusive imaginar o Tribunal como um espaço sagrado, que tem o poder de influenciar o inconsciente das pessoas e do próprio juiz. Na verdade: “Quando o magistrado põe as vestes talaes, ele *entra no arquétipo*”.⁵⁸⁹

Os arquétipos consistiriam em predisposições humanas típicas para agir, pensar, sentir, sendo que cada pessoa, na sua individualidade, pode vivenciá-las particularmente.

Na concepção de Erich Neumann, as imagens arquetípicas sofrem um processo de sedimentação, em etapas, num processo de sucessão temporal. À

⁵⁸⁷ Idem. Ibidem., p. XV.

⁵⁸⁸ SAMUELS, Andrew. *Jung e os pós-junguianos*. Rio de Janeiro: Imago, 1989, p. 45-65.

⁵⁸⁹ PRADO, L. R. A., Op. Cit., p.36.

medida que há alteração do *ego* no curso da história, altera-se também a capacidade de compreender e interpretar um determinado processo social.⁵⁹⁰

Assim, não há como deixar de reconhecer que as motivações inconscientes atuam diretamente nas decisões judiciais, mesmo quando o juiz, pensando estar motivado por critérios racionais, decide de modo equidistante das partes. Também nesta hipótese há um inconsciente pulsante e interativo.

Na análise da questão da imparcialidade do juiz e a influência dos arquétipos do inconsciente, não se poderia prescindir dos ensinamentos de Lídia Reis de Almeida Prado, psicóloga e doutora em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Segundo ela, os arquétipos apresentam dois pólos, ou seja, o homem reage arquetipicamente em relação a alguma coisa ou a alguém quando se defronta com uma situação típica. A mãe reage arquetipicamente ao filho, o homem igualmente em relação à mulher, o juiz, por sua vez, reage arquetipicamente em relação à pessoa que esta sendo julgada. Portanto, o juiz e o infrator seriam, cada um deles, uma das extremidades de uma mesma situação arquetípica. Pode haver ruptura entre os pólos arquetípicos, em que um deles permanece consciente e outro poderá, reprimido, ficar no inconsciente e ser projetado sobre as partes do processo. Essa ruptura está muita mais relacionada com o desenvolvimento psicológico do juiz do que em relação às situações externas. Assim, a eventual repressão do pólo do arquétipo pode conduzir o magistrado a acreditar que o ato antijurídico nada tem em comum consigo, ou seja, que o mau somente existe no réu, criatura fraca, que habita um mundo totalmente diverso do seu. Essa maneira de pensar pode acentuar o autoritarismo e o isolamento de vários juízes ao longo da história.⁵⁹¹

Essa situação faz com que o juiz se veja tão-somente juiz, esquecendo-se que tem como possibilidade a existência de um réu dentro de si. Na

⁵⁹⁰ NEUMANN, Erich. *História da origem da consciência*. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 13.

⁵⁹¹ PRADO, L. R. A., Op. Cit., p. 42 e 43.

verdade, o *ego* identifica-se com a *persona*, circunstância essa de extrema lesividade, porque ofusca a consciência por um conteúdo inconsciente.

O magistrado, na verdade:

(...) tenta ser divino, sem máculas, incidindo às vezes, na *bybris* (descomedimento) de se considerar a própria Justiça encarnada (porque só os deuses julgam os mortais). Esse fenômeno chama-se *inflação da persona*, que ocorre quando os magistrados de tal forma se identificam com as roupas talares, que não mais conseguem desvesti-las nas relações familiares ou sociais. A inflação da *persona* causa fragilidade ou rigidez da psique (Adolph G. Craig. *O abuso do poder na psicoterapia, na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério*. São Paulo: Achiamé Ltda., 1979. p. 99-100).

É notório o comportamento de certos juízes de 2ª instância que se julgam superiores aos de 1ª instância, seus colegas. São clássicas, também, certas atitudes de juízes que se colocam de modo intimidativo diante dos advogados, das partes e dos funcionários do Poder Judiciário, sendo reverenciados pelos primeiros e temidos pelos outros.

O aparecimento do *desejo de poder*, que, às vezes, assalta os juízes, pode ocorrer como a expressão da tentativa de recompor o arquétipo cindido. Tal fenômeno costuma ocorrer entre alguns julgadores neófitos, sendo conhecido por *juizite*, isto é, a tendência à soberba, à arrogância, ao complexo de autoridade. Esse problema é agravado porque a psique coletiva reforça o que ocorre no plano individual, uma vez que aos juízes se outorga autoridade.⁵⁹²

Rui Portanova, ao falar sobre as motivações ideológicas da sentença, preceitua que são muitas as motivações que atuam na elaboração da decisão, sendo impossível ao juiz ou a qualquer ser humano indicar os motivos que lhe formaram o convencimento, tantas as influências que inspiraram seu convencimento, sustentando, ainda, que nos julgamentos há *premissas ocultas imperceptíveis*. E o aludido autor conclui, citando Hélio Tornaghi, que a doutrina tem grande dificuldade em conceituar a imparcialidade:

A dificuldade na concretização de elementos conceituais deve-se, por certo à grande extensão de fatores, inclusive inconscientes, que afastam as condições psicológicas de julgar com isenção. Desses fatores não está a salvo o juiz honesto, probo e honrado, o qual deve

⁵⁹² Idem. Ibidem., p. 43 e 44.

ser o primeiro a suspeitar, não de sua integridade moral, mas de seu estado d'alma. É que 'como homem o juiz sofre a influência de preconceitos, tendências, espírito de casta ou de corporação e de tantos outros fatos ou estados psíquicos que o condicionam, às vezes, sem que ele próprio o perceba.⁵⁹³

Michel Mialle, ao afirmar que os seres humanos são autores e muitas vezes vítimas da produção espontânea de ideais (conhecidos por ideologia), razão pela qual não se pode viver em sociedade sem que se faça dos acontecimentos e das instituições que os cercam uma determinada representação de "ideais", vale-se de um exemplo retirado da psicologia mais elementar. Segundo o filósofo francês, todos nós somos objetivamente definidos por determinadas características: nasci em tal ano, em tal país, no seio de tal categoria social; efetuei tais estudos e moro atualmente em tal bairro etc. A fim de que se possam dominar todos estes elementos heterogêneos, deve-se realizar uma dada representação deles, e, isso está circunscrito particularmente à idéia que se faz de si mesmo. "Vê-se", como se costuma dizer, de uma certa maneira: grande, belo, tímido ou mau; contudo, esta "idéia" não está forçosamente justificada pela realidade objetiva. Pouco importa o que falam os mais próximos ou os próprios amigos: fabrica-se uma certa imagem de si próprio e que sempre, nos termos da natureza humana, será considerada, pela própria pessoa, a mais correta. A prova do contrário, segundo Michel Mialle, é fornecida pela experiência banal de uma visita ao psicólogo. Este, através de certas conversas ou certos testes, pode revelar, descobrir, exteriorizar de algum modo uma certa imagem que a pessoa, até então, não conseguiu enxergar de si próprio. À imagem que até então se tinha de si mesmo, o psicólogo irá opor uma "análise" da própria pessoa e de seu caráter.

⁵⁹³ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 15 e 41.

E, a maior parte das vezes, as duas "idéias abstratas", a que eu me tinha feito e a que o psicólogo produziu, não têm quase nenhum ponto em comum.⁵⁹⁴

O enfoque sugerido neste trabalho para a questão da (im)-parcialidade do juiz leva em consideração a carga ideológica contida no âmbito do consciente e do inconsciente do juiz, fato esse que interfere na convicção do magistrado no momento de prolatar a decisão, vinculando e conduzindo, indubitavelmente, a racionalidade discursiva desenvolvida no processo penal.

2.10 O Tribunal do Júri e a (Im)parcialidade Judicial

Respeitando-se as opiniões de todos aqueles que se posicionam contrários à instituição do júri, não se pode negar que este Tribunal milenar representa a concretização da participação popular nos regimes democráticos modernos, compreendida não apenas pela intervenção do povo na eleição de seus governantes, mas, acima de tudo, pela tomada concreta de decisões no âmbito do Poder Judiciário.⁵⁹⁵

O julgamento realizado por pessoas do povo representa a conclusão do processo democrático participativo iniciado pela eleição do Presidente da

⁵⁹⁴ "Posso viver sem ir ao psicólogo, satisfazendo-me com a imagem que faço de mim próprio: de facto, não tenho então qualquer pretensão de conhecer quem sou verdadeiramente: contento-me em poder viver. Assim acontece com uma certa forma de ideologia. Consiste numa representação do mundo graças à qual me posso mover neste mundo de coisas e de seres. Não preciso que esta representação seja exacta: basta-me que seja útil. Continuo a dizer que o sol se levante ou se põe, quando sei agora que tal afirmação é um absurdo científico, mas, no meu dia a dia, esta 'aproximação' que resulta de uma representação falsa é amplamente suficiente. Bem pelo contrário, uma abstração científica não implicaria que eu me mova mais facilmente no meu universo social, mas fornecer-me-ia explicações que me diriam o porquê das coisas. Por outras palavras, a função própria ao pensamento ideológico e a do pensamento científico revelam-se radicalmente diferentes. Não basta falar em palavras, em noções teóricas, em raciocínios ainda que complexos, para estarmos em presença da ciência: é preciso, ainda que estas noções e estes raciocínios sejam científicos, quer dizer, sejam produzidos de acordo com as regras próprias ao pensamento científico". (MIAILLE, M., Op. Cit., p. 49 e 50).;

República e dos representantes do Legislativo “(...)y ahora también integra los órganos de la administración de justicia interviniendo en la aplicación de la misma”.⁵⁹⁶

É notória a consagração conseguida pelo Tribunal do Júri durante o curso da história, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América do Norte, muito embora sua prática advenha desde a antigüidade.

A importância do Júri foi realçada pela Comissão Especial nomeada na Espanha em 1821, encarregada de redigir o projeto do Código de Processo Penal espanhol. Essa Comissão afirmou que a própria história reconhece como inseparável dos povos livres e do sistema representativo o julgamento pelo Tribunal do Júri. Grécia e Roma, bem como os povos que preconizam a liberdade o têm reconhecido. Degenera-se e se vicia com o poder absoluto; aperfeiçoa-se e frutifica-se com a força e independência do Poder Judiciário.

Portanto, o julgamento através de jurados assegura a plena participação popular, não somente por ocasião da eleição de seus representantes, mas também decidindo no âmbito jurisdicional.

Contudo, e aqui reside o interesse particular deste trabalho no que concerne ao Tribunal do Júri:

Podrá alegarse en contra de los jurados que estos, al participar de la resolución de las causas, volcarán en ellas un cúmulo de pasiones y creencias personales además de valores morales, teñidos todos ellos de subjetivismo.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ VANOSSO, Jorge Reinaldo. Prólogo. In Alberto B. Bianchi. *El juicio por jurados – la participación popular en proceso*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p.13.

⁵⁹⁶ Idem. Ibidem. p. 13.

⁵⁹⁷ Idem. Ibidem. p. 14.

Contestando essa afirmação, Jorge Reinaldo Vanossi adverte: “(...) pero la realidad nos indica que no existe ningún juez letrado convertido en autómatas que a la hora de fallar pueda despojarse de todo perjuicio”⁵⁹⁸

Reconhece-se, indubitavelmente, que os jurados, na maioria das vezes, deixando-se conduzir pelas suas concepções ideológicas, psicológicas, sociológicas e culturais, podem por em risco o princípio da (im)parcialidade como pressuposto de um julgamento justo. Sobre o tema, alertou Jerome Frank:

La parcialidad de los jurados no puede descubrirse, pues usualmente pronuncian veredictos generales que no revelan nada acerca de los hechos que los jurados ‘tuvieron en cuenta’, ya que esos veredictos carecen de ‘fundamentos’ expresos. Nadie llega a saber cuál es la creencia real de los jurados sobre los hechos, o si esa creencia está de acuerdo con su veredicto, o siquiera si los jurados prestaron atención a las pruebas y se formaron alguna creencia sobre los hechos; pueden ser que hayan pronunciado su veredicto echando suertes. El único ‘fundamento’ es un supuesto fundamento, no comunicado, ‘privado’.

Muchas sentencias dictadas por jueces en caso en que no interviene un jurado son igualmente impenetrables: en muchas jurisdicciones en que los ‘fundamentos de hecho’ los jueces dictan sentencias lacónicas, sin explicación alguna (...). Lo que en tales casos piensa realmente el juez no puede ser descubierto. Su fundamento es, pues, solamente un fundamento supuesto.⁵⁹⁹

Mas esse risco é inerente ao ser humano, inerente às ações humanas, inerente à racionalidade prática.

A Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece o Tribunal do Júri como instituição permanente e competente para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida. O texto constitucional legitimou o julgamento popular para apreciar os crimes cometidos, em tese, contra o maior bem de um ser humano, a vida.

⁵⁹⁸ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁵⁹⁹ FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. 2. ed. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 1993. p. 59.

A previsão Constitucional do Tribunal do Júri não levou em consideração que os jurados poderiam se deixar conduzir e influenciar pela sua formação ideológica, cultural, social ou mesmo sentimental.

A Constituição Federal ao permitir o julgamento por pessoas do povo reconhece, ainda que indiretamente, que o cidadão investido na função de julgar não se desvincula dos fatores externos e internos que compõem sua personalidade.

O julgamento por pessoas do povo expressamente previsto na Constituição Federal brasileira, é a maior prova de que o ordenamento jurídico constitucional reconhece a possibilidade de o juiz não ser totalmente imparcial, pois é indubitável que muitas das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri são concretizadas segundo os parâmetros da formação cultural, social, econômica, psíquica ou ideológica dos jurados.

Poder-se-ia até considerar o Júri, nesse enfoque, um verdadeiro paradigma em prol da *parcialidade positiva* do juiz (fundamentada na *racionalidade do outro*), uma vez que a decisão proferida por aquela Instituição, na maioria das vezes, é voltada para o reconhecimento das diferenças apresentadas entre vítima e o réu, fazendo com que os jurados se deixem conduzir pelo seu envolvimento psico-emocional no momento da decisão.

Muitas vezes, sem dúvida, o jurado se coloca no lugar do réu ou mesmo da vítima, situando-se, contextualizando-se, vivenciando o fato que ali está sendo objeto de análise e de julgamento, deixando-se conduzir pelas diferenças culturais, sociais e econômicas das pessoas envolvidas na relação processual.

O jurado, de certa maneira, exercita a *racionalidade do outro*.

Ressalte-se, todavia, que a legitimação outorgada pela Constituição Federal ao Tribunal do Júri não pode ser interpretada como autorizadora da denominada, neste trabalho, “parcialidade negativa” do juiz.

O Estado de Direito Democrático e os princípios fundamentais previstos na Constituição não legitimam a “parcialidade negativa” dos jurados; ao contrário, também em relação a eles, sob essa ótica, exigem sua (im)parcialidade.

Nos Estados Unidos, o fundamento constitucional para a participação de jurados no julgamento vincula-se ao fato de que a comunidade está envolvida no processo como condição de uma democracia participativa e também como proteção do indivíduo contra a manipulação da justiça pelo governo. Contudo:

(...)estas premisas a veces confrontan y la imparcialidad puede ir contra de la participación social y viceversa. Un jurado escogido entre la gente puede no ser totalmente imparcial y un juez totalmente imparcial no siempre es representativo de todo la comunidad.⁶⁰⁰

Evidentemente que essa preocupação refere-se àquilo que se denomina nesta tese como sendo a “parcialidade negativa”.

Nos Estados Unidos, a questão da imparcialidade dos jurados (ou “parcialidade negativa”) é apreciada em duas frentes bem definidas.

A primeira diz respeito à recusa dos jurados por falta de representatividade na comunidade. Trata-se de um critério estabelecido pela Suprema Corte para impugnação da designação de jurados por falta de representatividade na comunidade. Esse critério foi apresentado, a partir de 1942, no julgamento pela Suprema Corte do caso “Glasser vs. United States (315 U. S. 60 (1942))”. Este caso tinha por objeto uma impugnação contra a seleção de jurados apenas do sexo feminino, alegando-se que da lista de jurados somente foram eleitas mulheres de Illinois. Em que pese a defesa não tenha tido êxito, a Corte estabeleceu como princípio, que o Tribunal do Júri deve ser composto por um corpo de jurados verdadeiramente representativos da comunidade.

A segunda refere-se ao denominado “*Voir Dire*”. O que se leva em consideração nessa etapa é a possibilidade de se eliminar todo e qualquer jurado

⁶⁰⁰ BIANCHI, Alberto B. *El juicio por jurados – la participación popular en proceso*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 83.

que eventualmente seja suspeito de julgar com parcialidade (negativa). Este processo se traduz por um interrogatório feito aos futuros integrantes do corpo de jurado, realizado pelo juiz e pelos advogados, nos seguintes termos:

Fuera del cuestionario directo, los abogados pueden llevar adelante investigaciones basadas en estudios demográficos sobre los jurados, que intenten demostrar sus hábitos de vida y relaciones o bien que tiendan, a través del testimonio de científicos sociales, a precisar por anticipado las actitudes que adoptarán frente a determinadas cuestiones (...). La impugnación de los jurados puede ser de dos maneras: 1) con expresión de causa, y 2) sin expresión de causa. En el primer caso (*for cause challenge*), el impugnante debe demostrar que existe una alta probabilidad de que el futuro jurado emita un veredicto parcial. No existe límite de jurados eliminados por esta razón. En el segundo caso (*peremptory challenge*), cada parte posee un número limitado de jurados que pueden ser eliminados sin expresión de causa.⁶⁰¹

Normalmente são as seguintes perguntas formuladas pelos advogados no interrogatório dos jurados: Já tem formado sua opinião contra a inocência ou culpabilidade do acusado? Está consciente de ter alguma parcialidade a favor ou contra o acusado? Pode outorgar para o Estado e para o acusado um juízo imparcial?⁶⁰²

A Suprema Corte Norte Americana procurou estabelecer algumas regras para a utilização do “*Voir Dire*”, principalmente em “*Ham vs. South Carolina* (409 U. S. 524 (1973))”, esclarecendo que as perguntas sobre prejulgamentos raciais sejam efetuadas quando diretamente ligadas à realização do julgamento. Este caso envolvia um indivíduo negro, ativista de direitos humanos, que fora surpreendido na posse de “marihuana”. A Corte, através do voto do Juiz Renhquist, por unanimidade, entendeu que a defesa, dada as condições do acusado, poderia realizar perguntas sobre eventual prejulgamento racial, além daquelas rotineiras sobre o caso em questão. Contudo, a Suprema Corte também já proferiu julgamentos muito restritivos. Em “*Ristaino vs. Ross* (424 U.S. 589 (1976))”, onde se encontrava em julgamento um indivíduo negro acusado de crime violento contra um segurança branco, não reconheceu o direito do acusado, durante o “*Voi dire*”, de formular

⁶⁰¹ Idem. Ibidem. p. 113 e 114.

⁶⁰² Idem. Ibidem. p. 115.

perguntas específicas sobre prejulgamentos raciais, salvo as de rotina, sob o argumento de que neste caso a questão racial era secundária e que o juiz, em face do que fora estabelecido em “Ham vs. South Carolina” tinha discricionariedade para determinar se as perguntas específicas sobre o prejulgamento racial seriam pertinentes ou não. Em outro caso, “Turner vs. Murray (476 U. S. 28 (1986))”, a Corte reconheceu que em casos que envolvam pena capital as perguntas específicas sobre prejulgamento racial são sempre pertinentes quando se trate de crimes que envolvam violência racial. Em matéria de pena capital, a Corte estabeleceu, em “Morgan vs. Illinois (502 U. S. 905 (1992))”, que os acusados, em tais circunstâncias, poderiam indagar aos jurados se aplicariam automaticamente a pena de morte no caso de eventual veredicto de culpabilidade. Argumentou, ainda, o Tribunal, que é pouco provável que apenas algumas perguntas formuladas no interrogatório geral sejam suficientes para determinar quem está disposto aplicar automaticamente a pena de morte ou não. Igualmente fez consignar que o Ministério Público poderia indagar aos jurados se eles aplicariam ou não a pena capital.⁶⁰³

Evidentemente que toda essa fórmula construída pela Suprema Corte Norte Americana, no que concerne ao processo de *voi dire*, apresenta gravíssimas falhas, pois, na grande maioria dos casos, o destino de determinada pessoa, inclusive o destino de sua própria vida, estará subordinado à sinceridade ou não de um determinado jurado quando de seu interrogatório.

De tudo isso, pode-se concluir que a instituição do Tribunal do Júri prevista expressamente nos textos constitucionais dos países democráticos, representa um aval do ordenamento jurídico constitucional ao julgamento por pessoas do povo, as quais, sem dúvida, mostram-se mais suscetíveis às pressões psíquico-emotivas do que os juízes de carreira.

⁶⁰³ Idem. Ibidem, p.114, 115 e 116.

2.11 A Constituição Epistemológica e a (Im)parcialidade

Um dos fundamentos clássicos de que a atividade cognitiva⁶⁰⁴ desenvolvida pelo magistrado na relação jurídica processual deve ser imparcial, ampara-se numa dada perspectiva epistemológica, em que os fatos jurídicos estão estaticamente à espera do sujeito cognoscente, *onde a realidade é independente do conhecedor*.

É bem verdade que o conhecimento há muito instiga a curiosidade humana.

Na Antigüidade, antes da filosofia grega (Platão e Aristóteles), a explicação do mundo dava-se através de uma totalidade mitológica, em que se baseava por uma conjugação da razão somada com a fantasia (o cosmo viria do caos).

A partir da filosofia grega (Séculos VI e VII a. c.), a perspectiva cosmológica passou a imperar. O centro do conhecimento é o cosmo que ao contrário da concepção anterior não é caótico, mas extremamente organizado. Tudo tem uma explicação a partir da natureza (*fysis*), sendo que o próprio humano é explicado a partir do cosmos.

Na idade média, prevalece a concepção teocêntrica, não mais a partir do cosmos, mas a partir de Deus. Fé e razão passam a ser conjugada. Conforme afirmava Santo Agostinho, dever-se-ia crer para compreender.

Entre 1400 e 1600 d. c., o centro de tudo passa a ser o homem, quando então começa a imperar o chamado antropocentrismo. A razão e a

⁶⁰⁴ “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigiosos do processo”. (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Brookseller Editora e Distribuidora, 2000. p.58 e 59).

corporalidade passam a ser o foco principal. A partir deste paradigma, novos pensamentos filosóficos são formulados, como, por exemplo, Decartes (homem pensamento) – Kant (homem consciência) – Hegel (Homem histórico) - Marx (homem classe) – Habermas (homem comunicação).

Em todas essas formulações históricas, não obstante cada qual amparada em uma determinada perspectiva bem delimitada, observa-se que elas apresentam um ponto em comum, ou seja, o conhecimento ora advém do âmbito objetivo (Mitologia, Deus, Cosmos), ora do subjetivo (homem). Assim, em todas as perspectivas até então formuladas, o conhecimento se manifesta especificamente de um determinado ponto em direção a outro, sem qualquer interligação ou vinculação entre eles. Isso demonstra, conforme já teve oportunidade de afirmar Thomas Khun, que a ciência não progride ou se desenvolve por meio de uma evolução contínua ou através de crescimentos sucessivos, uma vez que também ela se encontra suscetível às conseqüências de mutações bruscas, caracterizando uma verdadeira ruptura intelectual denominada de “novos paradigmas”. Thomas Khun recorda momentos de corte epistemológicos de todos conhecidos, como, por exemplo, a concepção do ‘cosmos’ de Ptolomeu sofre um corte radical com o advento de Copérnico e Galileu e o abandono da concepção centrípeta de nosso planeta. O mesmo se verifica em relação a Leonardo, Galileu e Newton no que se refere ao conceito de “lei natural” chegada à lei matemática. Da mesma forma, a Física newtoniana cede lugar à de Einstein quando é estabelecido o princípio da relatividade; com Planck, se tem uma visão ‘quântica’ do Universo”.⁶⁰⁵

A perspectiva epistemológica jurídica da modernidade não deixou de sofrer influências dessas mediações, principalmente da separação entre sujeito cognoscente e o objeto do conhecimento, dessa postura unidimensional do foco do conhecimento.

O positivismo jurídico amparado nessa visão unidimensional da estrutura do conhecimento jurídico reivindica uma autonomia do pensamento

⁶⁰⁵ REALE, M., Op. Cit., p.135.

jurídico totalmente liberto da realidade, do peso social, cultural, histórico e político, conforme bem preconiza Pierre Bourdieu:

A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social, e a tentativa de Kelsen para criar uma “teoria pura do direito” não passa do limite ultra-conseqüente do esforço de todo corpo de jurista para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo seu próprio fundamento. A tentativa de Kelsen, firmada no postulado da autolimitação da pesquisa tão-só no enunciado das normas jurídicas, com exclusão de qualquer dado histórico, psicológico ou social e de qualquer referência às funções sociais que a aplicação prática destas normas pode garantir, é perfeitamente semelhante à de Saussure que fundamenta sua “teoria pura da linguagem” na distinção entre lingüística interna e a lingüística externa, quer dizer, na exclusão de qualquer referência às condições históricas, geográficas e sociológicas do funcionamento da língua ou de suas transformações.⁶⁰⁶

Tal postura unidimensional advém desde o Renascimento, quando o conhecimento jurídico em suas diversas formas tem sido visto como a representação fiel de uma realidade normativa jurídica independente do conhecedor. De acordo com essa teoria, nosso cérebro receberia passivamente as informações advinda e já pronta do mundo jurídico exterior. A mente seria como um “espelho da natureza jurídica”.⁶⁰⁷ O cérebro do magistrado receberia imparcialmente e passivamente as informações advindas e já prontas de fora, provenientes da relação jurídica processual e das normas jurídicas positivadas. O conhecimento não passaria de um resultado do processamento de tais informações.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 209 e 210.

⁶⁰⁷ Sobre o tema: RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

⁶⁰⁸ “O efeito de apriorização, que está escrito na lógica do funcionamento do campo jurídico, revela-se com toda a clareza na língua jurídica que, combinando elementos estranhos ao seu sistema, acusa todos os sinais de uma retórica da impessoalidade e da neutralidade. A maior parte dos processos lingüísticos característicos da língua jurídica concorrem com efeito para produzir dois efeitos maiores. O efeito de neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como predomínio de construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impersonalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo”. (BOURDIEU, P., Op. Cit., p. 215).

O conjunto de informações captadas pelo magistrado é proveniente do primado da lei enquanto regra geral abstrata e universalmente obrigatória (positivismo jurídico). A atividade do juiz não passaria de uma tarefa vinculada a conhecimento, sendo a interpretação uma mera leitura da norma escrita.

Esse novo sujeito cognoscente (o intérprete), sempre presente na aplicação do direito, está representado pela figura do juiz. Sendo o sujeito que conhece uma figura a-histórica, acentua-se ainda mais essa ressalva quanto à pessoa do juiz pela aplicação do princípio, elevado a dogma (e derivado de um dogma), da imparcialidade.⁶⁰⁹

Evidentemente que essa postura respalda-se no pensamento de muitos (inclusive cientistas e filósofos) que imaginam o trabalho científico como algo distante da subjetividade e da dimensão qualitativa, como se a ciência não fosse um trabalho desenvolvido por seres humanos.

Conforme adverte Emerson Ike Coan, o núcleo da ontognoseologia jurídica toma por base a correlação transcendental subjetivo-objetivo, pois não se permite que se reduza o sujeito ao objeto e vice-versa.⁶¹⁰

Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela demonstram que tanto a subjetividade (tanto quanto a objetividade) como a qualidade (tanto quanto a quantidade) são na verdade indispensáveis ao conhecimento e à ciência.⁶¹¹

Conforme afirma Humberto Mariotti, ao prefaciar a obra de Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela:

⁶⁰⁹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A simbologia da imparcialidade do juiz*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.61.

⁶¹⁰ COAN, Emerson Ike. Direito natural e invariantes axiológicas na acepção estrutural de miguel reale:atualidade do tema. In *Revista brasileira de direito constitucional*, São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC, n.3., (21-35), jan./jun. 2004, p.25.

⁶¹¹ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento – as bases biológicas da compreensão humana*. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2003., p. 15.

A idéia de extrair recursos de um mundo-coisa, descartando em massa os subprodutos do processo, estendeu-se às pessoas, que assim passaram a ser utilizadas e, quando se revelam 'inúteis' são descartadas. Como todos sabem, a exclusão social alcança hoje em muitos países proporções espantosas, em especial no continente africano e na América Latina⁶¹²

Esse representacionismo (fragmentação que traduz a separação entre sujeito e objeto) que sempre imperou na história da humanidade, separando o mundo posto e o sujeito humano que o conhece, fundamentou e continua a fundamentar um leque enorme de injustiças. Basta observar um dado histórico bem delineado. No Século 17, quando os bôeres (na maioria, branco holandês) colonizaram a África do Sul, a segregação racial não se dava tanto pela cor da pele, mas pelo fato de que os negros se comportavam como se fizessem parte da natureza, o que para os europeus significou a inexistência de um âmbito humano separado do mundo natural. Segundo os colonizadores, essa ligação íntima dos nativos, com a natureza, transformava-os em seres estranhos à espécie humana. Tendo em vista que pertenciam à natureza, passaram a ser um "objeto" a ser explorado, o que justificava serem configurados como escravos (mão de obra de produção mecânica) ou mesmo dizimados.⁶¹³

Essa fragmentação que o representacionismo sempre sustentou, veiculando que o ser humano é separado do mundo e que existe além de suas experiências, é, ainda hoje, fundamento para justificar a imparcialidade do juiz na relação jurídica processual, pois o magistrado, com base no princípio da imparcialidade, encontra-se separado e exterior à relação jurídica processual (em que as partes são objetos integrantes).

Contudo, ao se permanecer estagnado nessa postura epistemológica processual, repetem-se os erros cometidos pelos bôeres quando ingressaram na África do Sul.

⁶¹² Idem. Ibidem. p.8.

⁶¹³ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 223.

Foi justamente com a finalidade de se mostrar que as coisas não são tão esquemáticas assim, que surge uma nova perspectiva, a qual se pode denominar de Biocêntrica, e que leva em consideração a complexidade do mundo e suas redes de relações. Tal perspectiva visa romper com a visão de que o homem é o centro do conhecimento; vivendo no mundo, faz parte dele. Vive-se com os outros seres vivos, compartilhando-se, com eles, do processo vital. “Construímos o mundo em que vivemos durante as nossas vidas. Por sua vez, ele também nos constrói ao longo dessa viagem comum”.⁶¹⁴

O ser humano não é sujeito do mundo e parte do mundo de dois pontos de vista diferentes, mas é sujeito e parte ao mesmo tempo.⁶¹⁵

Para Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, o mundo não é anterior à nossa experiência, pois nossa trajetória de vida nos faz construir nosso conhecimento do mundo; por outro lado, o mundo também constrói seu próprio conhecimento a nosso respeito. “Mesmo que de imediato não percebamos, somos sempre influenciados e modificados pelo que vemos e sentimos”.⁶¹⁶

⁶¹⁴ MATURANA, H. R.; VARELA, F. J., Op. Cit., p. 9 e 10.

⁶¹⁵ LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. Trad. Pergentino S. Pivatto (coordenador). Petrópolis: Vozes, 1993. p.33.

⁶¹⁶ “Quando damos um passeio pela praia, por exemplo, ao fim do trajeto estaremos diferentes do que estávamos antes. Por sua vez, a praia também nos percebe. Estará diferente depois da nossa passagem: terá de lidar também com o lixo com o qual porventura a tenhamos poluído.

Do mesmo modo, as águas de um rio vão abrindo o seu trajeto por entre os acidentes e as irregularidades do terreno. Mas estes também ajudam a moldar o itinerário, pois nem a correnteza nem a geografia das margens determinam isoladamente o curso fluvial: ele se estrutura de um modo interativo, o que nos revela como as coisas se determinam e se constroem umas às outras. Por serem assim, a cada momento elas nos surpreendem, revelando-nos que aquilo que pensávamos ser repetição sempre foi diferença, e o que julgávamos ser monotonia nunca deixou de ser criatividade.

Tomemos ainda outra metáfora: não são só os timoneiros que dirigem os navios. O meio ambiente também pilota as embarcações, por meio das correntes marítimas, dos ventos, dos acidentes de percurso, das tempestades e assim por diante. Desta forma os pilotos guiam, mas também são guiados. Não há velejador experiente que não saiba disso. Portanto, pode-se dizer que construímos o mundo e, ao mesmo tempo, somos construídos por ele. Como em todo esse processo entram sempre as outras pessoas e os demais seres vivos, tal construção é necessariamente compartilhada” (MATURANA, H. R.; VARELA, F. J., Op. Cit., Loc. Cit.).

Assim, o juiz que guia o processo penal também é guiado por ele e pelas pessoas que nele interferem, bem como por suas experiências no mundo.⁶¹⁷

A maneira de raciocinar de um juiz, os critérios que inspiram seus julgamentos estão diretamente relacionados com seu contexto vital.⁶¹⁸

Segundo Miguel Reale, “O homem só pode conhecer direito – e, olhem – a palavra ‘direito’ não é empregada por acaso -, enquanto ele se relaciona com a realidade ‘in concreto’. O ato de conhecer é um ato de concreção”.⁶¹⁹

Conforme adverte Humberto Marioti, para mentes condicionadas como as nossas não é nada fácil aceitar essa perspectiva, tendo em vista que tal postura nos obriga a deixar o conforto e a passividade de receber informações de um mundo já pronto e acabado, da mesma maneira que se dá como um produto saído de uma linha de montagem industrial e oferecido ao consumo. “Pelo contrário, a idéia de que o mundo é construído por nós, num processo interativo, é um convite à participação ativa nessa construção (...) é um convite à assunção das responsabilidades que ela implica”.⁶²⁰

Na visão de Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, o mundo não é pré-dado, e o que se constrói mediante interação como ele não é apenas teoria, mas se apóia em evidências concretas. Portanto, se a vida é um processo de conhecimento, a construção desse conhecimento não é feita através de uma atitude passiva (imparcial), e sim pela interação.⁶²¹ O conhecimento do juiz no processo não se dá por uma atitude imparcial (passiva), mas pela interação do meio processual,

⁶¹⁷ “Todo juicio viene determinado por unas determinadas circunstancias filosóficas, políticas, sociales, históricas y económicas que no sólo se modifican en las diversas épocas y en los distintos países, sino que además varían constantemente según las circunstancias personales del propio juez y las concretas del caso presentado a su discusión. (SERRA DOMÍNGUEZ, M., Op. Cit., p. 67).

⁶¹⁸ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p. 7.

⁶¹⁹ REALE, M., Op. Cit., p.137.

⁶²⁰ MATURANA, H. R.; VARELA, F. J., Op. Cit., p. 11.

⁶²¹ Idem. Ibidem. p. 12.

das partes, e de sua própria experiência do mundo que é construída e se deixa construir. Interações com o ambiente, no qual, é claro, estão os demais seres vivos.

Finalmente:

(...) *last but not least*, no hay que olvidar que toda teoría que se sustenta sobre un objeto exterior, físico, biológico y, por supuesto, social no puede ser concebida como si sólo fuera el mero reflejo de este objeto, aunque observaciones paralelas revelen constancias o invariables en el fenómeno. Es necesario tener siempre en cuenta todo conocimiento, incluso físico o biológico, en su raíz antropológico-social. El conocimiento del objeto, hasta el más físico, no podría ser disociado de um sujeto ‘cognoscente’ arraigado en una cultura, una sociedad y una historia.⁶²²

2.11.1 Autopoiese epistemológica

A perspectiva epistemológica de Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela não se restringe à afirmação de que o conhecimento não se limita ao processamento de informações oriundas de um mundo exterior. Sustentam também que os seres humanos são seres vivos autônomos, isto é, “autoprodutores – capazes de produzir seus próprios componentes ao interagir com o meio – vivem no conhecimento e conhecem no viver”.⁶²³

Os seres vivos se caracterizam por – literalmente – produzirem de modo contínuo a si próprios, o que se denomina de organização autopoietica.⁶²⁴

⁶²² MORIN, Edgar; PIATTELLI-PALMARINI, Massimo. La unidad del hombre. In *Interdisciplinariedad y ciencias humanas*. Trad. Jesús Gabriel Pérez Matin. Madrid: Editorial Tecnos, 1983. p. 211.

⁶²³ MATURANA, H. R.; VARELA, F.J., Op. Cit. ., p. 14.

⁶²⁴ “La organización es el fenómeno mayor de nuestro universo (*physis*), en el sentido de que es el carácter esencial, tanto del átomo y la estrella, como del ser vivo y de la sociedad” (MORIN, E.; PIATTELLI-PALMARINI, M., Op. Cit. ., p 207)

A característica mais peculiar de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como diferente do meio por sua própria dinâmica, de modo que ambas as coisas são inseparáveis.⁶²⁵

O reconhecimento de que aquilo que caracteriza os seres vivos (humanos) é sua organização autopoietica, permite também concluir que são também unidades autônomas.⁶²⁶

A autonomia dos seres humanos configura-se como uma alternativa à concepção representacionista. Por serem autônomos não se limitam a receber passivamente as informações que vem de fora. Não funcionam unicamente com as informações exteriores. Isoladamente, o ser humano é autônomo, mas nas suas relações com o meio, evidencia-se que depende de recursos externos para a produção e desenvolvimento da vida humana. “Desse modo, autonomia e

⁶²⁵ “Os componentes moleculares de uma unidade autopoietica celular deverão estar dinamicamente relacionados numa rede contínua de interações. Atualmente se conhecem muitas transformações químicas concretas dessa rede e o bioquímico as chama, coletivamente, de metabolismo celular.

Pois bem: o que é peculiar a essa dinâmica celular, em comparação como qualquer outro conjunto de transformações moleculares nos processos naturais? É muito interessante: esse metabolismo celular produz componentes e todos eles integram a rede de transformações. Em termos morfológicos, podemos considerar a estrutura que possibilita esta clivagem no espaço como uma *membrana*. No entanto, essa fronteira membranosa não é um produto do metabolismo celular tal como o tecido é o produto de um tear, porque essa membrana não apenas limita a extensão da rede de transformações que produz seus componentes, como também participa dela. Se não houvesse essa arquitetura espacial, o metabolismo celular se desintegraria numa sopa molecular, que se espalharia por toda parte e não constituiria uma unidade separada como a célula”. (MATURANA, H. R.; VARELA, F.J., Op. Cit., p. 14 e 52).

⁶²⁶ “Estudando os sistemas de auto-organização, Von Foerster dizia em 1968, que a auto-organização de um sistema deve trabalhar para construir e reconstruir sua autonomia, mas isto implica sempre uma perda de energia, que tem que ser compensada, pelo segundo princípio da termodinâmica, extraindo-se do exterior, isto é, toda auto-organização é dependente e não autopoietica. Isto significa que os seres vivos, ainda que compreendidos dentro de um determinado sistema, como se pretende fazer com o funcionalismo, também estão sujeitos ao mesmo processo de perda de energia e que por isso devem extraí-la do mundo exterior, o que implica uma constante interação com o meio. Quando inseridos em certos sistemas, como o sistema social ou o sistema jurídico, nos quais se exigem dos sujeitos determinados comportamentos negativos ou positivos, a energia é simbolicamente representada por informações que, interagindo sobre eles, possibilitam sua adaptação.

A constatação dos sistemas dependentes possibilita reconhecer que os indivíduos que nele se encontram atuam com o meio, como forma própria de comunicação, embora sem se desligarem por completo dos sistemas, isto é, não se trata aqui de autonomia, como fundamento de liberdade, mas sim de adaptação”. (TAVARES, J., Op. Cit., p. 99 e 100).

dependência deixam de ser opostos inconciliáveis: uma complementa a outra. Uma constrói a outra e por ela é construída, numa dinâmica circular”.⁶²⁷

Evidentemente que: “Tomar o sujeito no seu aspecto puramente biológico, determinado por características moleculares e causais, é diferente de situá-lo no âmbito social e jurídico (...)”.⁶²⁸ Deve-se levar em consideração um mundo de relações e de valores.⁶²⁹

Alias, conforme afirma Juarez Tavares:

(...). Mais recentemente, as teorias cognitivas da realidade repudiaram a consideração de que o sujeito pudesse ser reduzido a mera engrenagem de um processo causal ou que pudesse ser tratado dentro de um sistema exclusivo de regras que nele se produzem e se auto-reproduzem, simplesmente porque, desconsiderando essa relação dialética da exclusão e da inclusão, os defensores de tal estrutura não poderão traçar um quadro de valores sobre os comportamentos que ensejaram essas regras, já que esses mesmos valores passam a ser vistos como meros pressupostos formais de organização do próprio sistema.⁶³⁰

2.11.2 Determinismo e acoplamento estrutural

O ser humano nas suas relações com o meio necessita de recursos externos para a produção e desenvolvimento da vida humana.

Portanto, o ser humano se realiza e se interage com o meio, o qual também é dotado de uma dinâmica estrutural própria. Assim, entre a estrutura do meio e a unidade há uma compatibilidade ou comensurabilidade, razão pela qual meio e unidade desencadearão mutuamente mudanças de estado. A esse processo

⁶²⁷ MATURANA, H. R.; VARELA, F.J., Op. Cit. Loc. Cit.

⁶²⁸ TAVARES, J., Op. Cit., p. 100.

⁶²⁹ Idem. Ibidem. Loc Cit.

⁶³⁰ Idem. Ibidem. p. 102.

continuado dá-se o nome de acoplamento estrutural. “O acoplamento estrutural é sempre mútuo; organismo e meio sofrem transformações”.⁶³¹

A teoria dos “sistemas abertos”, formulada por Von Bertalanffy (1957) em termos organizacionais, descreve uma armação organizacional muito útil para delinear a organização do ser vivo, “(...) que necesita intercambios energeticos informacionales materiales con el medio ambiente para nacer, desarrollarse y, por tanto, sobrevivir”.⁶³²

Esse intercâmbio histórico das alterações estruturais dos seres vivos denomina-se de *ontogenia*.

Contudo, toda mudança estrutural perturbadora que possa ocorrer no ser humano dá-se mediante a preservação de sua autopoiese, caso contrário poderia ensejar sua destruição.

Na verdade, as mudanças estruturais que ocorrem no ser humano acontecem todo instante. É o que se denominado de o *palpitar da vida*.⁶³³

Assim, tendo em vista que todo sistema autopoietico é uma unidade de múltiplas interdependências, toda vez em que uma de suas dimensões é afetada o organismo inteiro experimenta mudanças correlativas, em muitas dimensões.

A evolução, portanto, seria uma *deriva natural* produto da invariância da autopoiese e da adaptação decorrente das mudanças estruturais.

Sustentar-se a imparcialidade do juiz como até então se vem sustentando é ir de encontro à *deriva natural* do próprio ser humano. O juiz, muito embora inserido na sua autopoiese como forma de sua própria autoconservação,

⁶³¹ MATURANA, H. R.; VARELA, F.J., Op. Cit., p. 115.

⁶³² MORIN, E.; PIATTELLI-PALMARINI, M., Op. Cit., p. 209.

⁶³³ MATURANA, H. R.; VARELA, F.J., Op. Cit., p. 114.

sofre invariavelmente influência do meio – mudanças estruturais, inclusive dos próprios acontecimentos desencadeados pelo processo e pelas partes, o que sem dúvida corresponde à própria adaptação do Direito às evoluções sociais.

Conforme ensinam Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, o sistema nervoso contribui a cada momento para a determinação estrutural do ser humano (juiz). Todos os organismos, principalmente os dotados de sistema nervoso:

Funcionam e estão onde estão a cada instante, como resultado de seu acoplamento estrutural. Escrevemos estas linhas porque estamos constituídos de uma certa maneira e seguimos uma certa ontogenia específica. Ao ler isto, o leitor entende o que entende porque sua estrutura presente – e portanto, de modo indireto, sua história – assim determinam. Num sentido estrito, nada é acidental.⁶³⁴

Daí decorre que o juiz não é (im)parcial, pois é resultado histórico de um acoplamento estrutural que o molda e o conduz, de forma não acidental, à prolação de uma decisão no processo.

Um mesmo juiz que no meio social brasileiro profere uma decisão com contornos liberais e democráticos, poderia, perfeitamente, na mesma época, em algum país de regime totalitário, proferir decisão totalmente desvinculada com esses valores. Se fosse efetivamente (im)parcial, a decisão por ele proferida seria igual em ambas as situações, pois tal princípio caracteriza sua total desvinculação às mudanças estruturais por acoplamento.

Para melhor elucidar essa questão, vale-se do exemplo trazido por Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, onde demonstram que a ontogenia de todo ser vivo consiste em sua contínua transformação, sempre suscetível às mudanças decorrentes dos acoplamentos estruturais:

O que foi dito também ocorre com os seres humanos, como mostra o caso dramático das duas meninas indianas de uma aldeia bengali do norte da Índia. Em 1922, elas foram resgatadas (ou arrancadas) de uma família de lobos que as haviam criado em completo isolamento de todo contado humano. Uma das meninas tinha oito anos e a outra cinco. A menor morreu pouco depois de encontrada e a maior

⁶³⁴ Idem. Ibidem. p. 139.

sobreviveu cerca de dez anos, juntamente com outros órfãos com os quais foi criada. Ao serem achadas, as meninas não sabiam caminhar sobre os pés e se moviam rapidamente de quatro. Não falavam e tinham rostos inexpressivos. Só queriam comer carne crua e tinham hábitos noturnos. Recusavam o contato humano e preferiam a companhia de cães ou lobos. Ao serem resgatadas, estavam perfeitamente sadias e não apresentavam nenhum sintoma de debilidade mental ou idiotia por desnutrição. Sua separação da família lupina produziu nelas uma profunda depressão, que as levou à beira da morte, e uma realmente faleceu.

A menina que sobreviveu dez anos acabou mudando seus hábitos alimentares e ciclos de vida e apreendeu a andar sobre os dois pés, embora sempre recorresse à corrida de quatro em situações urgentes. Nunca chegou propriamente a falar, embora usasse algumas palavras. A família do missionário anglicano que a resgatou e cuidou dela, bem como outras pessoas que a conheceram com alguma intimidade, jamais a sentiram como verdadeiramente humana.⁶³⁵

Percebe-se, desta maneira, que o conhecimento não é passivo (imparcial) e sim construído mediante interações com o mundo. Há uma *transacionalidade* entre o observador e aquilo que ele observa, levando-se em consideração a subjetividade do primeiro, ou seja, a compreensão de como ele experiêcia o que observa.⁶³⁶

A nossa experiência está indissoluvelmente atrelada à nossa estrutura. “Não vemos o espaço do mundo, vivemos nosso campo visual; não vemos as “cores” do mundo, vivemos nosso espaço cromático”.⁶³⁷

⁶³⁵ Idem. Ibidem., p. 146.

⁶³⁶ Idem. Ibidem., p. 16.

⁶³⁷ Idem. Ibidem., p. 28.

2.11.3 Sob o fio da navalha

Evidentemente que a perspectiva de supor que o sistema nervoso funciona como *representações* do mundo, pode caracterizar uma armadilha, uma cilada, porque tal perspectiva impede que se explique como funciona o sistema nervoso, momento a momento, como sistema determinado e com clausura operacional.

Da mesma forma, negando-se o meio circulante, e argumentando-se que o sistema nervoso atua no vazio, segundo uma visão nitidamente *solipsista* (da tradição filosófica clássica, que afirmava que só existe a interioridade de cada um), também pode ensejar uma armadilha, uma vez que, “(...) não permite explicar a adequação ou a comensurabilidade entre o funcionamento do organismo e o de seu mundo”.⁶³⁸

A história nos demonstra que a tentativa de compreender o fenômeno do conhecimento sempre optou por uma ou outra concepção. Em épocas passadas predominou a concepção *solipsista*, sendo que atualmente predomina a visão *representacionista*.

Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela propõem uma perspectiva diferente para analisar o problema do fenômeno do conhecimento, “(...)a fim de evitar os dois abismos que cercam o fio da navalha”.⁶³⁹

Segundo os biólogos, ambas as perspectivas são necessárias para o pleno entendimento de uma unidade.

Através do sistema nervoso expandem-se os domínios de interação de um ser humano. O comportamento não é uma invenção do sistema nervoso. Ele

⁶³⁸ Idem. Ibidem. p. 150.

⁶³⁹ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

é próprio de uma unidade inserida num meio onde estabelece um domínio de perturbação, mantendo-se sua organização autopoietica.⁶⁴⁰

Seria um erro, portanto, definir o sistema nervoso humano como um computador, como tendo entradas e saídas.

Dito de outra maneira:

O sistema nervoso não “capta informações” do meio, como freqüentemente se diz. Ao contrário, ele constrói um mundo, ao especificar quais configurações do meio são perturbações e que mudanças estas desencadeiam no organismo. A metáfora tão em voga do cérebro como um computador não só é ambígua como está francamente equivocada.⁶⁴¹

Segundo Merleau-Ponty, o corpo é um sensor sentido. Como sentido está ao lado do sujeito; mas como sensor está ao lado dos objetos; pensamento que não é mais estático, é movimento que não é mais cego. “Ele une a subjetividade do perceber (intencionalidade visando ao objeto) e a objetividade do exprimir (operação no mundo percebido que cria seres culturais – linguagem, poema, quadro, sinfonia, dança (...)).”⁶⁴²

Com base nessa perspectiva não simplesmente representacionista, nem somente solipsista, mas sim biológica, pode-se preconizar que o fenômeno da cognição desenvolvida pelo juiz na relação jurídica processual, não é a mera representação dos fatos jurídicos inseridos no processo, que alguém capta e insere no pensamento do magistrado, uma vez que o sistema nervoso do julgador apresenta uma clausura estrutural autopoietica, muito menos se trata de um

⁶⁴⁰ “É interessante notar que a clausura operacional do sistema nervoso nos diz que seu funcionamento não cai em nenhum dos extremos: nem o representacionismo nem o solipsismo.

O sistema nervoso não é solipsista porque, como parte do organismo, participa das interações deste com o seu meio, que nele desencadeia continuamente mudanças estruturais que modulam sua dinâmica de estados (...).

O sistema nervoso também não é representacionista, porque em cada interação é seu estado estrutural que especifica quais as perturbações que são possíveis, e que mudanças podem desencadear em sua dinâmica de estados”. (Idem. Ibidem., p. 158 e 188).

⁶⁴¹ Idem. Ibidem. p. 188.

⁶⁴² LÉVINAS, E., Op. Cit., 1993, p. 33.

conhecimento solipsista desenvolvido pelo julgador, pois o meio em que se encontra e as circunstâncias desencadeadas pelos fatos jurídicos funcionam como perturbações que conduzem a uma mudança estrutural, razão pela qual “(...) todo ato de conhecer faz surgir um mundo novo”.⁶⁴³

Dessa forma, toda interação, todo acoplamento, interfere no funcionamento do sistema nervoso, tendo em vista as mudanças estruturais que nele desencadeiam. “Toda experiência é modificadora, em especial em relação a nós, embora às vezes as mudanças não sejam completamente visíveis”.⁶⁴⁴

Resumindo, o sistema nervoso participa dos fenômenos cognitivos de duas maneiras complementares:

A primeira - e mais óbvia – ocorre pela ampliação do domínio de estados possíveis do organismo, que surge da imensa diversidade de configurações sensório-motoras que o sistema nervoso pode permitir. Essa é a chave de sua participação no funcionamento do organismo.

A segunda se dá pela abertura do organismo para novas dimensões de acoplamento estrutural, ao possibilitar que ele associe uma grande diversidade de estados internos com a grande diversidade de interações em que pode participar.⁶⁴⁵

A cognição desenvolvida pelo juiz no processo faz surgir um novo mundo, sendo que o fenômeno conhecimento desenvolvido na relação jurídica processual não contém, como deixa denotar o princípio da (im)parcialidade), uma descontinuidade entre o social, o humano e suas raízes biológicas.

⁶⁴³ “Fazer surgir um mundo é a dimensão palpitante do conhecimento e está associado às raízes mais fundas de nosso ser cognitivo, por mais sólida que seja a nossa experiência. É, pelo fato dessas raízes se estenderem até a própria base biológica – como veremos -, esse fazer surgir se manifesta em todas as nossas ações e em todo o nosso ser. Não há dúvida de que ele se manifesta em todas as ações da vida social humana nas quais costuma ser evidente, como no caso dos valores e das preferências. Não há descontinuidade entre o social, o humano e suas raízes biológicas. O fenômeno do conhecer é um todo integrado e está fundamentado da mesma forma em todos os seus âmbitos”. (MATURANA, H. R.; VARELA, F.J., Op. Cit., p. 32).

⁶⁴⁴ Idem. Ibidem. p. 189.

⁶⁴⁵ Idem. Ibidem. p. 195.

Saliente-se também que a riqueza plástica do sistema nervoso não se caracteriza pelo fato de ele guardar representações das coisas do mundo, mas à sua contínua transformação, que permanece congruente com as transformações do meio, em decorrência de um resultado de cada interação que o afeta.⁶⁴⁶ Tal fato permite que o juiz, quando de sua cognição desenvolvida no processo, não permaneça estático às concepções até então configuradoras de sua personalidade ou estrutura social, mas tenha uma perspectiva plástica suscetível às transformações do meio social que o envolve.

Todo conhecer, portanto, é um fazer daquele que conhece, razão pela qual, depende da estrutura, da organização, da própria maneira do ser vivo daquele que conhece.

E para encerrar este capítulo, cita-se a seguinte advertência de Michelle Taruffo: “É chiaro che il giudice non è imparziale solo se dice o pensa di esserlo(...)”.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ Idem. Ibidem. p. 190.

⁶⁴⁷ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In *Participação e processo*. Coord: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 43.

CAPÍTULO III – O JUSTO PROCESSO PENAL E O DIREITO AO JUIZ POSITIVAMENTE PARCIAL

3.1 Considerações Preliminares

No primeiro capítulo, realizou-se uma análise dos aspectos teóricos dogmáticos da (im)parcialidade judicial.

No segundo capítulo, ingressou-se no âmbito da teoria crítica e da utopia de um juiz neutro e (im)parcial.⁶⁴⁸

Assim, nos dois primeiros capítulos reconheceu-se que o juiz, ao elaborar suas decisões, estaria condicionado pelas influências sociais, culturais, políticas, econômicas etc. que lhe acompanham durante sua peregrinação. E isto é algo evidente, impossível de negar.

Porém, permanecer apenas nessa insistência, seria o mesmo que repetir as especulações intermináveis sobre o livre arbítrio e o determinismo humano. Seja o juiz livre ou não, o certo é que ele existe.⁶⁴⁹

Agora, neste capítulo, reconstrói-se o princípio da (im)parcialidade judicial sob o enfoque de um justo processo penal.

⁶⁴⁸ “(...) Toda ciencia crítica que pretenda ser efectivamente transformadora no puede quedarse en la crítica del presente, sino que, de algún modo, ha de esforzarse en pensar alternativas razonables. En todas las áreas, siempre estamos más facultados para la crítica que para la reconstrucción. Particularmente, en filosofía, es mucho más fácil criticar unas determinadas tesis que atreverse a mantener otras. Además, el que propone alternativas se expone a la crítica, mientras que el crítico que es sólo crítico se inmuniza contra ella. Ahora bien, cuando se introducen alternativas, por más viables que sean, se introducen necesariamente valores, porque se está presuponiendo un orden de cosas que se considera preferible al actual”. (COROMINAS, J., Op. Cit., p.45).

⁶⁴⁹ VIAGAS BARTOLOMÉ, P. F., Op. Cit., p. 7.

Procura-se, a partir deste momento, estabelecer critérios que possam conduzir à *justa e equo* prestação da atividade jurisdicional penal.

O primeiro aspecto a ser destacado é a configuração moderna do processo penal como expressão da soberania democrática popular, realçando-se que o processo penal está atualmente estruturado segundo a pauta de valores democráticos que impregnam a Constituição Federal.

E para que haja essa perfeita harmonização entre *Processo e Democracia*, há necessidade de que a própria Constituição forneça um rol de princípios guia que assegurem a concretização de uma relação jurídica processual segundo os parâmetros do *devido processo legal formal e substancial*.

Demonstrados os princípios constitucionais fundamentadores de um processo penal democrático, abre-se oportunidade para se estabelecer os direitos e as garantias fundamentais que devem ser observados e respeitados na relação jurídica processual penal, entre eles, o direito a um juiz (im)parcial, ou, com base na tese defendida neste trabalho, um direito a um *juiz positivamente parcial*.

3.2 Processo Penal como Expressão da Soberania Democrática Popular

A Constituição Italiana ao se referir à atividade jurisdicional não poderia ter sido mais feliz ao realizar íntima vinculação entre jurisdição e democracia.⁶⁵⁰

Na Itália, a própria constituição e suas normas constitucionais se revelam por si só suficiente para uma primeira individuação democrática da

⁶⁵⁰ Na concepção de Habermas, o princípio do direito não constitui um membro intermediário entre princípio moral e princípio da democracia, e sim, o verso da medalha do próprio princípio da democracia. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia* – entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.128.

jurisdição. Refletindo esse binômio, jurisdição/democracia, apresentam-se as normatizações contidas nos incisos I e II, do artigo 102, da Constituição italiana: “(...) la giustizia è amministrata in nome del popolo” (a justiça é administrada em nome do povo),⁶⁵¹ sendo, na verdade, “espressione diretta della sovranità popolare” (expressão direta da soberania popular).⁶⁵²

A soberania popular comporta “(...) la garanzia dell’attività informativa dei cittadini”, pois, de outra maneira, não teria qualquer significado o conteúdo de tal soberania. Em outras palavras: “(...) la giustizia non può essere amministrata senza il controllo del popolo in nome del quale i magistrati proclamano di rendere giustizia”. Na verdade, “(...) senza l’assunzione dell’opinione pubblica come origine di ogni autorità per le decisioni che vincolano l’intero corpo sociale, manca alla democrazia moderna la sostanza della sua verità”.⁶⁵³

De fato, graças à publicação e motivação das decisões judiciais,⁶⁵⁴ permite-se levar ao conhecimento da sociedade o resultado de um processo penal, que interessa não só às partes, mas ao povo em geral.⁶⁵⁵

Essa democracia participativa, atualmente, em nosso ordenamento jurídico, apresenta mais eficácia com a criação do Conselho Nacional da Justiça e

⁶⁵¹ PIZANI, A. P., Op. Cit. p.10

⁶⁵² Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁶⁵³ GIOSTRA, G., Op. Cit., p.17 e 18.

⁶⁵⁴ “(...) la funzione della motivazione, e quindi la *ratio* del relativo obbligo, consistono nell’assicurare il controllo esterno, da parte del ‘popolo’, sul modo con cui i giudici esercitano il potere che è loro affidato. Anche qui la motivazione è strumento, ma è strumento che garantisce il controllo democratico diffuso sulla fondatezza e sulla legalità della decisione. L’obbligo di motivazione è dunque elemento essenziale di un’ideologia democratica della giustizia, cui appartenengono altri principi fondamentali, come ad es. quello della pubblicità delle procedure giudiziarie”. (TARUFFO, M., Op. Cit., 1988 p.38).

⁶⁵⁵ Evidentemente que ao se falar em “povo” não se pode esquecer a seguinte advertência de Celso F. Campilongo, quando tratou dos limites e aporias da regra da maioria: “Um primeiro conjunto de limites gira em torno da seguinte questão: quem integra o “povo”? Só os nacionais ou também os estrangeiros? Crianças e adolescentes, ou só os adultos? Letrados e analfabetos? Homens e mulheres? (...). Qual o “povo” legitimado para tomar parte no processo decisório? O grupo local, regional, nacional ou mundial? (...)”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.45.

do Ministério Público, onde se permite, de certa maneira, o controle pela sociedade civil da forma de atuação do Poder Jurisdicional e do Ministério Público.⁶⁵⁶

No que se refere à jurisdição, o provimento do juiz não se legitima como exercício de autoridade absoluta, “(...) ma in quanto il giudice renda conto del modo in cui esercita il potere che gli è stato delegato dal popolo, che è il primo e vero titolare della sovranità”.⁶⁵⁷

É bem verdade que o interesse público no resultado de um processo vincula-se ao interesse na justiça da sua decisão e não tanto em relação ao seu conteúdo decisório, muito menos sobre a justificação de seu discurso jurídico.⁶⁵⁸

O processo influencia a sociedade e vice-versa. Isso significa que atualmente “(...) il controllo penale è soprattutto esercitato direttamente col processo e con i mezzi d’informazione.”⁶⁵⁹

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases

⁶⁵⁶ “La possibilità di impiegare tutta una gamma di soluzioni diverse consente altresì di considerare l’opportunità di applicare istituti di democrazia partecipativa, non solo con riferimento ad organi pensati e discussi – me anche con riferimento ad organi legislativi e giudiziari. (Cfr. V. Vigoriti, *Partecipazione, sindacato, processo*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 1974, p. 1.212 ss; G. Ghezzi, *La partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 95 ss.; A. Pizzorusso, *Democrazia partecipativa e attività giurisdizionale*, in *Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri*, Vita e Pensiero, Milano, 1978, I, p. 462 ss.; P. Scaparone, *La partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia*, Giuffrè, Milano, 1980). (PIZZORUSSO, Alessandro. Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale. In *Participação e processo*. Coord: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.25).

“(...)la possibilità del controllo esterno e diffuso sull’esercizio del potere giurisdizionale si configura come una manifestazione essenziale del principio di partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia. Si tratta evidentemente della partecipazione in forma di controllo sull’esercizio del potere delegato al giudice, ma si intuisce fácilmente che si tratta di uno strumento importantísimo”. (TARUFFO, M., Op. Cit., 1988, p. 42).

⁶⁵⁷ Idem. Ibidem. p. 41.

⁶⁵⁸“(...).Torna l’ammonimento che Calamandrei rivolgeva ai processualisti sullo scopo del processo, quando affermava che ‘scopo del processo... è la giustizia (...)’ (ASCARELLI, Tullio. Processo e democrazia. Conferenza letta alla facoltà di giurisprudenza di Firenze il 22 maggio 1958 sotto gli auspici della Fondazione Calamandrei. In *Riv. Trim. Dir. e proc. Civ.* 1958, p. 858).

⁶⁵⁹ GIOSTRA, G., Op. Cit., p. 41.

do regime democrático nele proclamadas; ele é, por assim dizer, “(...) o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”.⁶⁶⁰

Segundo Giuseppe Bettiol, o evoluir do processo penal depende fundamentalmente da consolidação dos valores consubstanciados na vida política, vinculados aos ideais democráticos. Preconiza, portanto, que os princípios processuais penais devem refletir a identidade democrática. Conseqüentemente, o mestre Italiano já antevia a conexão inevitável entre o *Processo e Democracia*.⁶⁶¹

Assim, não se trata de estabelecer um limite para a própria noção de democracia, restritivo apenas à possibilidade de influência na gestão pública, como forma de concretização das liberdades de expressão, associação, informação alternativa, competição dos líderes políticos e eleições livres em sufrágio universal, mas ampliar seu campo de atuação para todas as atividades que realizam a concretização do exercício do poder decorrente da soberania popular, permitindo-se, desta maneira, a verdadeira integração de todos, capazes de discernir sobre as opções apresentadas para o governo da coletividade em um sentido aberto. Assim, Democracia realiza-se e desenvolve-se no seu próprio dinamismo, como obra aberta e inacabada, tornando possível a pública participação responsável na gestão de todas as atividades do governo e da sociedade, “(...) inclusive na produção legítima do direito regulador das relações sociais e no exercício do controle legítimo da atividade processual”.⁶⁶²

⁶⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 26.

⁶⁶¹ BETTIOL, G., Op. Cit., p.229.

⁶⁶² PRADO, G., Op. Cit., p. 34 e 35.

O processo penal, como instrumento de realização do poder, deve-se desenvolver num Estado democrático representativo de uma sociedade democrática, mediante a contribuição dialética dos sujeitos envolvidos.⁶⁶³

A concepção ideológica de um processo penal democrático reclama sua estruturação de acordo com um modelo dialético. A estrutura sincrônica dialética do processo penal democrático considera, pois, metaforicamente, o conceito de relação angular ou triangular e nunca de relação linear, sacramentando as linhas mestras do sistema acusatório.⁶⁶⁴

Portanto, nesse contexto, realça-se a relevância da privilegiada relação entre o direito processual com a democracia.

Contudo, não se postula uma qualquer democracia, fundamentada numa mera declaração formal de garantia dos direitos fundamentais e numa mera relação passiva entre governados e governantes, mas, acima de tudo, numa real democracia participativa, integradora e solidária, “(...) com inegável repercussão no plano do processo penal, de sorte que a cultura democrática aos poucos poderá ser desenvolvida pela conscientização da forma democrática da sociedade conviver.”⁶⁶⁵

Segundo Calmon de Passos, não basta apenas a democratização do Estado e do processo, isso não é suficiente, e pode levar a um retrocesso. Há necessidade, também, democratizar a sociedade.⁶⁶⁶ E é na democracia participativa que se irá alcançar esse desiderato.

⁶⁶³ “Nesses termos, não constitui despropósito associar-se processo a democracia, porquanto, com esse relacionamento, pretende-se, justamente, denunciar a necessária dimensão política do processo jurisdicional e tornar manifestos os vínculos que o prendem ao processo econômico”. (CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. In *Participação e processo*. Coord: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p.83 e 84).

⁶⁶⁴ PRADO, G., Op. Cit., p. 37.

⁶⁶⁵ Idem. Ibidem. p. 46.

⁶⁶⁶ CALMON DE PASSOS, J. J., Op. Cit., p. 92.

Cuida-se, portanto, de uma questão de ordem política, não se encontrando solução no campo restrito da dogmática jurídica.

E para se alcançar essa nova finalidade política institucional, o novo processo, segundo Calmon de Passos, deve assentar-se nos seguintes aspectos:

Superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apolicismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para solução dos conflitos individuais como dos conflitos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório, em que a confrontação dos interesses gere as soluções normativas de compromisso e conciliação dos contrários.

Superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis.

Superação do mito da separação dos poderes e da efetivação do controle do poder pelo sistema de freios e contrapesos, institucionalizando-se controles sociais sobre o exercício do poder político e do poder econômico, servindo o processo como instrumento de atuação desses controles nas situações que forem constitucional e legalmente definidas.⁶⁶⁷

Modificações das estruturas sociais; mudanças das relações entre o poder público e os particulares; transformações das pessoas quanto ao sentido do direito e da vida; contemporâneas orientações do pensamento político, tudo isso repercute sobre o espírito, caráter, forma e estrutura do processo penal, o que indica que o processo penal apresenta um nítido caráter político preponderante. Em razão dessa influência do ponto de vista político, o objetivo do processo penal encontra-se freqüentemente em constante perigo de se dissociar de sua finalidade em busca da verdade e da justiça, e de ser colocado a serviço de interesses escusos e autoritários.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Idem. Ibidem. p. 95 e 96.

⁶⁶⁸ SCHMIDT, E., Op. Cit., p. 190.

Realizando uma abstração dessa corrupção político autoritarista, postula-se, com o intuito de legitimar o processo penal, uma íntima ligação entre o *Direito Processual Penal* e os valores consubstanciados pelos *princípios democráticos*, especialmente no que tange ao “devido processo legal”, ao “contraditório” e à “ampla defesa”.

Ao se postular essa íntima ligação entre o *Direito Processual e a Democracia*, reclama-se, igualmente, a existência de princípios constitucionais que possam legitimar a relação processual segundo os cânones da expressão direta da soberania popular.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a Constituição, numa visão moderna, apresenta-se como uma via de prestações recíprocas e, principalmente, como mecanismo de interpenetração (ou interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, ou seja, a Política e o Direito processual, na medida em que ela permite “(...) uma solução *jurídica* do problema de auto-referência do sistema *político* e, ao mesmo tempo, uma solução *política* do problema de auto-referência do sistema *jurídico*.”⁶⁶⁹

A confirmação científica da influência política sobre as estruturas processuais, mediada pela Constituição, realça nos estudos do processo penal e civil a convicção inabalável de que a “(...) constituição é, pois, o fundamento de validade de todas as leis”.⁶⁷⁰

O direito processual penal é “(...) verdadeiro *direito constitucional aplicado*”.⁶⁷¹

A conclusão direta dessas idéias, conforme acentua Juan Eduardo Couture, “(...) é aquela que permite afirmar que a lei processual, tomada em seu

⁶⁶⁹ NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.62.

⁶⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 9.

⁶⁷¹ FIGUEIREDO DIAS, J., Op. Cit., p. 74.

conjunto, é uma lei regulamentadora dos preceitos constitucionais que asseguram a justiça”.⁶⁷²

3.3 O Processo Penal como Instrumento de Garantia dos Direitos Constitucionais Fundamentais

São diversos os constitucionalistas que consideram que a garantia dos direitos da pessoa humana depende indiscutivelmente da eficácia dos resultados apresentados através do processo. Os próprios meios processuais garantem a eficácia e realização dos direitos fundamentais.⁶⁷³

Arturo Hoyos, professor panamenho, diz que a evolução das “garantias” se conjuga com a dimensão democrática do processo, a qual se concebe em termos substantivos e concretos.⁶⁷⁴

Ao contrário do que alguns pensam, quanto maior for o número de garantias, maior será a eficiência do processo. Conforme bem lembrou Raffaello Magi: “Personalmente, non vedo antitesi tra efficienza e garanzia (...)”.⁶⁷⁵

A partir do momento histórico em que se preconizou o“(...) reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual en los que el Leviatán no puede penetrar (...)”⁶⁷⁶, necessitou-se, também, da elaboração de instrumento jurídico democrático capaz de garantir os chamados

⁶⁷² COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3.ed., Rio de Janeiro: José Konfino, s.d., p. 33.

⁶⁷³ MORELLO, A., Op. Cit., p. 8.

⁶⁷⁴ HOYOS, Arturo. *Justicia contencioso-administrativa y derechos humano*. Panamá: Instituto Panameño de Derecho Procesal, 1991. p. 12, 13 e 40.

⁶⁷⁵ RAFFAELLO, Magi. In *Il giusto proceso*. Associazione tra gli studiosi Del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998. p. 165.

⁶⁷⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Ariel, 1970. p. 390.

direitos individuais consignados no rol de direitos constitucionais previstos pelas Constituições liberais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não fica à margem desse reconhecimento globalizado dos direitos fundamentais, apresentando um amplo rol no artigo 5º e incisos do texto constitucional.

No plano processual, igualmente, há um leque de princípios e regras constitucionais que tem por objetivo garantir os direitos fundamentais previstos na constituição.

É bem verdade, que grande parte da doutrina assevera que o processo penal tem por finalidade exclusiva garantir o direito de liberdade do acusado, que somente deve ser restringido quando da prática de fato típico, antijurídico e culpável.

O garantismo constitucional do processo, contudo, não pode sofrer tamanha restrição como se nele “estivesse em jogo” apenas o direito de liberdade do réu.

Deve-se ter em mente que o resultado da atividade jurisdicional desenvolvida no processo penal repercutirá concretamente nos interesses da vítima e da sociedade como um todo.

O processo penal tem por objetivo garantir algo mais que somente a liberdade do réu. Garante-se, acima de tudo, o escopo social, político e jurídico que lhe configura a razão de ser.

Ao tratar do processo penal e garantidor, leciona Fernando Fernandes:

O pressuposto básico para que se intente a construção de um semelhante modelo processual reside na possibilidade de conciliar

ao mesmo tempo as necessidades de *garantia* do cidadão com as não menos necessárias *funcionalidade e eficiência* do Sistema Punitivo total. *Parte-se, pois, da idéia de se buscar uma maior eficiência e funcionalidade do processo penal no interior da sua tradicional função de garantia.*⁶⁷⁷

O processo como instrumento do exercício da atividade jurisdicional representa, por si só, uma primeira garantia dos direitos fundamentais e da própria funcionalidade e eficiência do Sistema Punitivo.

Evidentemente que não é qualquer processo que reúne as condições de instrumento de garantia dos direitos fundamentais, mas, somente aquele que preencha os conteúdos estabelecidos pela cláusula constitucional do *devido processo legal formal e substancial*.⁶⁷⁸

E aqui reside o grande problema a ser enfrentado pela processualística contemporânea, isto é, reconhecer, pragmaticamente, se a relação jurídica processual penal desenvolvida em cada processo específico, realiza-se segundo os ditames do *devido processo legal formal e substancial*.

3.4 Direito Processual Penal e a Sociedade Neoglobalizada

Sustentou-se até aqui que o processo penal moderno é instrumento de realização dos valores democráticos consubstanciados numa Constituição representativa da soberania popular.

⁶⁷⁷ FERNANDES, F., Op. Cit., p. 54.

⁶⁷⁸ “Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão como essa (...). Esta Corte se tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo (*Twining v. New Jersey*)” (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 239).

Afirmou-se, também, que essa relação entre *Processo e Democracia* demanda uma pauta de princípios constitucionais que possam reforçar a garantia dos direitos fundamentais previsto no texto constitucional.

Todavia, essa construção sintática e semântica nenhum efeito importante surtirá, a não ser que se revele criticamente o que existe por detrás dos resultados alcançados pelo processo penal moderno.

Academicamente, a postulação de um processo democrático, constitucional, garantidor dos direitos fundamentais, somente servirá para a concretização de uma retórica inconsistente, se os resultados apresentados apenas refletirem os interesses de uma ideologia divorciada da soberania popular.

Muito embora não se concorde integralmente com o pensamento exteriorizado recentemente pelo jornalista Joel Silveira, em entrevista realizada para a revista Istoé, é bem verdade que suas veementes afirmações merecem certa reflexão:

O Brasil é uma farsa (...). A democracia racial é outra farsa. Quantos generais negros você conhece? Quantos negros há no Congresso? Quantos presidentes de empresa são negros? A economia também é uma farsa. Por muito tempo nos orgulhávamos de ser a oitava economia do mundo. Uma economia que só beneficia uma minoria, talvez 30 mil pessoas numa população de 180 milhões. A concentração de renda no Brasil chega a ser obscena. Nada mais cruel e sovina do que o empresariado brasileiro, o banqueiro brasileiro. De benefício ao trabalhador só dão o mínimo que a lei obriga. A elite brasileira é essencialmente míope. É como aquela frase de Luiz XIV: 'Depois de mim, o dilúvio'. Não há solução enquanto não se resolver esse problema de divisão da renda, o que eu acho difícil porque a elite não abre mão de jeito nenhum. O povo brasileiro é passivo, não reage.⁶⁷⁹

⁶⁷⁹ Entrevista realizada pelo jornalista Joel Silveira e publicada na Revista ISTOÉ, Editora Três, Cajamas\SP, 29 de setembro de 2004, n. 1825, p.7-11.

Mesmo que não se concorde com a integralidade do conteúdo dessa afirmação, o certo é que ela merece ser objeto de meditação.

Se é que o Brasil é uma farsa, se a democracia racial é uma farsa, se a economia é uma farsa, o que se poderia dizer dos resultados obtidos no processo penal de uma sociedade neoglobalizada?

Não se pode pretender realizar um estudo racional e consistente sobre o processo penal brasileiro e de sua missão referendada pelo texto constitucional democrático, sem se perceber que a mudança de circunstâncias (a fuga da velha esquerda logo a queda do muro de Berlim) permitiu a propagação de uma espécie de “rebeldia conservadora” (fundamentalista de Wall Street), cujos valores coincidem, significativamente, com aqueles estabelecidos para maioria dos países pela classe dominante, entre os quais pode-se citar:

(...)estrellato, cholulismo, falsedad, exaltación del egoísmo social y el peculado – el manto de la corrupción -, derivación-, de culpas y de riesgos en los más débiles, negociados, cinismo, creciente intolerancia, imposición de su verdad, en no mantener ni querer el diálogo, ni reconocer la razón de los otros, dibujan un horizonte preocupante en el que se hace cada vez más difícil e ingreso y el rol equilibrador de la solidaridad.⁶⁸⁰

Os reflexos dessa frustrada modernidade atingem com rigor o próprio direito processual penal.

Não obstante se afirme que toda relação humana moderna é de certa forma, bem ou mal, formatada pelo direito, no sentido de que o direito perpassa a nossa existência, regulando a variedade de relações sociais, econômicas, política, familiares, patrimoniais e educacionais⁶⁸¹, o que se percebe, na realidade, é o oposto, pois, atualmente, são as relações sociais, econômicas, políticas e patrimoniais que perpassam o direito e o configuram como um instrumento de sustentação da ideologia neoglobalizada dominante.⁶⁸²

Tendo em vista a superação tradicional do Estado-nação restrito a uma certa base territorial, pela nova realidade do mundo globalizado, em face de uma perspectiva transnacional de predominância econômica, na sua essência capitalista, devem-se questionar as bases de fundamentação desse direito e principalmente do direito processual.⁶⁸³

O capital opera no plano da imanência, por meio de redes de relações de dominação, sem necessidade de recorrer a qualquer centro transcendente de poder. “Ele tende historicamente a destruir tradicionais fronteiras

⁶⁸⁰ MORELLO, A., Op. Cit., p. 354.

⁶⁸¹ PRADO, G., Op. Cit., p. 9.

⁶⁸² “Inexiste *pureza* no direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum Instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas” (CALMON DE PASSOS, J. J., Op. Cit., 83).

⁶⁸³ “O ‘impulso para o ganho’, a ‘ânsia do lucro’, de lucro monetário, de lucro monetário o mais alto possível, não tem nada a ver em si com o capitalismo. Esse impulso existiu e existe entre garçons, médicos, cozinheiros, artistas, prostitutas, funcionários corruptos, soldados, ladrões, cruzados, jogadores e mendigos – ou seja em toda espécie e condições de pessoas, em todas as épocas de todos os países da Terra, onde quer que, de alguma forma, se apresentou, ou se apresenta, uma possibilidade objetiva para isso.

A superação dessa noção ingênua de capitalismo pertence ao ensino do jardim de infância da História da cultura. O desejo de ganho ilimitado não se identifica nem um pouco com o capitalismo, e muito menos com o ‘espírito’ do capitalismo. O capitalismo pode até identificar-se com uma restrição, ou, pelo menos, com uma moderação racional desse impulso irracional. De qualquer forma, porém o capitalismo, na organização capitalista permanente e racional, equivale à procura do lucro, de um lucro sempre renovado, da ‘rentabilidade’. Só pode ser assim. Dentro de uma ordem econômica capitalista, uma empresa individual que não se orientasse por esse princípio, estaria condenada a desaparecer”. (WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2001. p. 12).

sociais, ampliando-se através de territórios e envolvendo sempre novas populações dentro dos seus processos”.⁶⁸⁴

O que se deseja afirmar é que no momento atual exige-se um novo sentido de racionalidade global visando ao equilíbrio dinâmico dos interesses coimplicados. O desafio da concórdia, da solidariedade, de se imaginar criativas e renovadas políticas educativas, sem as quais será impossível postular as questões básicas que fundamentem a construção de uma nova cultura e de uma nova ética social. De que adianta se propagar a vitória do liberalismo, do triunfo do consumismo sobre o estatismo epidérmico totalmente desmoronado e aviltado, se a maioria ainda sofre. Propugna-se por um Estado não mais dirigente da economia, mas sempre sitiado por delicados problemas abertos pelo edifício do capitalismo selvagem e egoísta.⁶⁸⁵

Na visão de Pietro Barcellona:

(...)es fundamental reconocer la función política del derecho en el sentido de que no es un puro y objetivo instrumento ético de justicia, sino un instrumento de dominación de clase, ya que existe una estrecha interdependencia entre relaciones jurídicas y relaciones económicas (...). En definitiva, el uso alternativo del derecho cuestiona los modelos de ciencia jurídica y de derecho defendidos por la burguesía en el ámbito de la cultura jurídica europea occidental y va contra el mito iluminista del juez como *bouche de la loi* y de la judicatura como ‘técnica de al fiel aplicación de al ley’.⁶⁸⁶

Portanto, em face dessa composição sócio-econômica que perpassa o processo penal moderno brasileiro, não se pode mais continuar numa visão clássica e retórica de que o juiz deve permanecer neutro e imparcial diante dessa carga ideológica capitalista neoglobalizada que se constata empiricamente no meio social, econômico e cultural, e que reflete indiscutivelmente na relação jurídica processual.

⁶⁸⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Imperio*. Trad. Berilo Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.348.

⁶⁸⁵ MORELLO, A., Op. Cit., p. 355.

⁶⁸⁶ Apud LÓPEZ CALERA, Nicolás. *Sobre el uso alternativo del derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1978. p.16.

Postula-se uma nova leitura para a questão da (im)parcialidade do juiz, onde se possa, acima de tudo, reconhecer e exteriorizar essa manipulação ideológica e econômica, tanto no que concerne ao convencimento pessoal do magistrado, quanto aos resultados finais da atividade jurisdicional.

Para isso, necessita-se de uma “parcialidade positiva” do juiz, no sentido de que, acima de tudo, possa ele reconhecer as diferenças sociais, culturais, econômicas, psicológicas etc. das pessoas que estão envolvidas na relação jurídica processual, através dos instrumentos e princípios constitucionais que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, superando, desta forma, os pífios efeitos neoglobalizantes.

3.5 A “Parcialidade Positiva” do Juiz como Instrumento de Superação das Desigualdades Sociais, Culturais e Econômica no Processo Penal – Para além da Igualdade meramente Idealista.

A garantia de tratamento igualitário a todos os indivíduos decorre de Convenções Internacionais e está consignada expressamente no artigo 5º, da Constituição Federal brasileira.⁶⁸⁷

A noção de igualdade está vinculada às concepções de cada Estado, de cada ideologia. Apesar disso, pode-se sistematizar as teorias a respeito da igualdade em duas vertentes principais: a que atribui à igualdade uma noção formal e absoluta e a que a conceitua de forma positiva e real.⁶⁸⁸ Significa dizer, em outras palavras, que a igualdade apresenta uma dimensão estática e outra dinâmica. A dimensão estática, sob a perspectiva de que todos são iguais perante a lei, representa, nada mais, nada menos, que mera ficção jurídica. Na dimensão

⁶⁸⁷ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

⁶⁸⁸ FERNANDES, A. S., Op. Cit., p.46.

dinâmica, por sua vez, reclama-se do Estado-juiz a supressão dessa desigualdade para transformá-la em igualdade real.⁶⁸⁹

Atualmente, uma visão simplesmente idealista e abstrata do processo penal contribui para o aumento das desigualdades processuais.

Na realidade, o puro idealismo representa um seríssimo obstáculo epistemológico. Não se pode subestimá-lo.⁶⁹⁰

A via idealista traz uma noção do direito extremamente banal, pois procura sustentar um universalismo a-histórico e um pluralismo de explicações. Entende-se por universalismo a-histórico, um idealismo em que as “idéias” se destacam do contexto geográfico e histórico no qual efetivamente são produzidas, constituindo-se um conjunto de noções universalmente válidas, sem intervenção de uma história verdadeira. O pensamento idealista torna-se um fenômeno em si mesmo alto suficiente, deixando de pertencer à sociedade que o produziu.

Pensar a ciência processual penal apenas no plano ideal e abstrato é subverter a ordem da realidade e da materialidade. Uma coisa é o idealismo de um processo penal que represente a aplicação dos princípios democráticos, como o da igualdade, o da ampla defesa e o do contraditório. Outra coisa bem diferente é a realidade concreta desse instrumento de perfectibilização da tutela jurisdicional penal.

O direito processual penal idealista considera concretizado o contraditório e a ampla defesa com a simples nomeação de defensor técnico para

⁶⁸⁹ “Assim sendo, o contraditório não se identifica com o a igualdade estática, puramente formal, das partes no processo; não exprime a simples exigência de que os sujeitos possam agir em plano de paridade; nem determina ao juiz o mero dever de levar em conta a atividade de ambos, permitindo que façam ou até que deixem de fazer alguma coisa. O contraditório, como contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo, constitui o resultado da moderna concepção da relação jurídica processual, da qual emerge o conceito de *par condicio*, ou *igualdade de armas*. (GRINOVER, A. P., Op. Cit., 1990, p. 7).

⁶⁹⁰ MIALLE, M., Op. Cit., p.52.

aquele que não tenha condições financeiras para arcar com o custo de um advogado, pouco importando o resultado concreto e efetivo dessa nomeação.

Contudo, a realidade é bem diferente, sendo suficiente a simples referência a um exemplo para se abalar os alicerces desse inconsistente idealismo.

Uma determinada pessoa, integrante do restrito círculo dos que detêm o poder econômico e estando ao amparo do privilégio capitalista, terá à sua disposição, durante o transcurso do processo penal ou mesmo do processo civil, a possibilidade concreta e efetiva de contratar os serviços de renomados e altamente qualificados advogados, a fim de que sua defesa seja eficazmente exercida em sede de primeiro grau. Em segundo grau, durante eventual apelação, normalmente contratará os serviços de outros profissionais da mesma forma altamente qualificados para defendê-la perante os Tribunais de segundo grau. Na hipótese de eventual Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, sem contar o enorme elenco de agravos regimentais interpostos perante os próprios Tribunais, serão contratados novos profissionais especialistas na complexidade desses recursos.

Evidentemente que não se está fazendo uma apologia no sentido de impedir ou limitar o exercício da ampla defesa e do contraditório, pois não se advoga a tese atualmente propagada de que com a redução dos recursos resolver-se-ia o dilema da morosidade da justiça.

Parafraseando Enrique Dussel, não se é arremessando a água contaminada juntamente com o copo que a contém que se irá resolver o grave problema da lentidão judiciária. A solução desse grave problema endógeno do Poder Judiciário não se encontra na simples eliminação das poucas e significantes conquistas advindas do iluminismo.

Retornando-se à aludida hipótese, mas agora numa outra perspectiva (bastando atentar para a origem social daqueles que atualmente se encontram nas Cadeias Públicas e nas Penitenciárias brasileiras, porque poucos são originários do restrito círculo dos abastados do sistema capitalista), voltam-se os

olhos à pessoa que, em razão de sua circunstância social e econômica, necessita utilizar a denominada assistência judiciária gratuita. Neste caso, nomear-se-á um defensor técnico para a realização de sua defesa no processo penal. Na verdade, o máximo que lhe será fornecido é um defensor dativo em primeiro grau, o qual, apesar de sua boa vontade, na grande maioria dos casos, não terá as mesmas condições econômicas e estruturais para desenvolver a defesa técnica de seu cliente. É público e notório que o trabalho realizado pelo profissional nomeado normalmente não terá a mesma qualidade daquele desenvolvido pelos grandes escritórios criminalistas. Além do mais, diversamente da pessoa que possui condições financeiras para contratar advogados especializados em matéria de “recursos”, no âmbito dos Tribunais de segundo grau, o réu pobre, em grau de recurso, não será representado por outro profissional para o aprimoramento de sua defesa, o que significa dizer que na maioria das vezes eventual recurso do defensor dativo nomeado em primeiro grau nenhum acompanhamento especializado terá em segundo grau, nem mesmo a possibilidade de sustentação oral. Esperar que esse processo dirija-se ao Superior Tribunal de Justiça ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal, só em casos excepcionalíssimos.⁶⁹¹

O que se deseja realçar por meio desse exemplo cotidiano é a necessidade de se superar a visão meramente formal e idealista do princípio da

⁶⁹¹ “É, todavia, no âmbito da prática judiciária que se constata, com maior nitidez e de maneira muito mais cruel, a falta de paridade entre os ofícios de acusar e defender, nomeadamente quando figura um acusado pobre no pólo passivo da lide (sic).

Decerto que a evolução da ciência processual exigiu a criação de mecanismo idôneos a eliminar as dificuldades de acesso à tutela do indivíduo desprovido de recursos para arcar com o custo de um processo judicial e que não esteja bem informado acerca de seus direitos (...).

Todavia, a apregoada igualdade do acusado pobre, em comparação com o rico, no exercício de seus direitos e garantias processuais, permanece como afirmação retórica, pois o que se vê, rotineiramente, é uma substancial desigualdade de armas entre acusação e defesa nas hipóteses – que constituem a expressiva maioria dos casos – nas quais o acusado é um marginalizado social, ou, quando menos, financeiramente incapacitado para a escolha de um profissional experiente e capacitado para defendê-lo.

Com efeito, nos processos criminais em que o acusado é patrocinado por defensor público, *‘vira frangalhos o princípio da igualdade das partes, não porque o defensor seja um irresponsável quanto a seus deveres, mas por tratar-se, no mais das vezes, de jovens recém –formados e inexperientes, de quem não se pode exigir uma atuação igual à de um experimentado membro do Ministério Público, há muitos anos naquele trabalho, e conhecedor dos meandros judiciais’*”. (CRUZ, R. S. M., Op. Cit., p. 118 e 119).

igualdade no processo penal, bem como colocar em questão a efetiva eficácia do princípio da igualdade diante das sociedades capitalistas como a nossa.⁶⁹²

Mario Chiavario preconiza que um dos aspectos que melhor deveria exaltar a eficiência da administração da justiça seria a igualdade de fato entre as diversas pessoas no exercício do direito de defesa. Segundo ele, a este propósito a Corte Européia dos Direitos do Homem freqüentemente atribui importância fundamental à “efetividade” do direito de defesa. Neste aspecto, tem recordado a Corte, que não basta a um Estado, visando resguardar seus deveres, a predisposição em abstrato daquele instituto: não é suficiente, em outras palavras, que seja obrigatório nomear um defensor a quem não o tenha, e retribuí-lo. Com a decisão proferida no caso Goddi, há mais de doze anos, a própria Itália foi condenada em Strasburgo pela ineficiência e inércia do comportamento de um defensor nomeado de ofício.⁶⁹³

Gian Domenico Pisapia, ao comentar a questão da assistência obrigatória de defensor, inspirada no critério da igualdade substancial, e consagrada no artigo 24, inciso terceiro, da Constituição italiana, faz a seguinte advertência:

L'istituto del *gratuito patrocinio*, destinato appunto a tale scopo, non realizza efficacemente l'esigenza della difesa del povero; così come la *difesa d'ufficio*, espressamente prevista per il processo penale, si riduce spesso, nella prassi, ad una mera formalità, senza costituire una effettiva ed efficace garanzia per chi non abbia la possibilità di munirsi di un difensore di fiducia.⁶⁹⁴

Em certas circunstâncias há efetivamente a necessidade de se reconhecer às diferenças para que se possa igualar, em outras palavras:“(...) inclinar

⁶⁹² “Sin embargo, la experiencia histórica enseña cuan ilusoria suele mostrarse la solemne proclamación de la igualdad *in abstracto*. Es hoy en día una verdad de Perogrullo la distinción entre la igualdad *formal*, que se da por satisfecha con la pura identidad de derechos y deberes otorgados por los textos legales a los miembros de la comunidad, y la igualdad *material*, que tiene en cuenta las condiciones concretas bajo las cuales, *hic et nunc*, se ejercen los derechos y se complen los deberes”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes em el proceso civil. In. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, ano 11, out./dez., 1986, (176-185), p. 176.

⁶⁹³ CHIAVARIO, Mario. Garanzie individuali ed efficienza del processo. In *Il giusto processo*. Associazione tra gli studiosi del processo penal, n. 8. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1998. p.61 e 62.

la balanza de la justicia en favor de las víctimas cuando se dude cuál de los platillos pesa más”.⁶⁹⁵

Conforme afirma Mauro Cappelletti:

(...).Una vez más, la *égalité* burguesa demostró representar un progreso importante, pero sólo parcial. Todos los ciudadanos adquirirían una igualdad formal frente a la ley; pero hoy es bien claro que tratar ‘como iguales’ a sujetos que económica y socialmente están en desventaja, no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia.⁶⁹⁶

Em relação à igualdade processual, Walter J. Habscheid, citado por Rogério Lauria Tucci, diz que a isonomia processual reclama a concessão das mesmas armas aos sujeitos denominados parciais, paritariamente tratadas, para que “(...) tenham idênticas chances de reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito que constitui o objeto material do processo”.⁶⁹⁷

Mario Chiavario, ao tratar do direito à defesa técnica ou autodefesa, afirma que: “L’ascolto’ delle parti è, senza dubbio, il perno di uno svolgimento processuale autenticamente giurisdizionale, e d’altro canto esso non deve potersi ridurre a *mero simulacro*. (grifo nosso)”.⁶⁹⁸

A observação abaixo de Rogério Lauria Tucci, quanto à questão da deficiência da assistência judiciária, continua muito pertinente para os dias atuais, em que pese tenha sido formulada há mais de dez anos. É bom lembrar que em 2005, data do décimo sétimo aniversário de nossa Constituição Federal, pouco, muito pouco foi realizado para a resolução das questões de desigualdades sociais, culturais, econômicas, e os seus reflexos no âmbito da relação jurídica processual penal:

⁶⁹⁴ PISAPIA, G. D., Op. Cit., p.34 e 35.

⁶⁹⁵ BERISTAIN, Antonio. Nuevo proceso penal desde las víctimas. In *Direito Criminal*. coord. José Enrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 31

⁶⁹⁶ CAPPELLETTI, M., 1974, Op. Cit., p. 67.

Necessidade de superação da deficiência na prestação de assistência judiciária – Enquanto isso não acontece, o dever estatal de prestação de assistência judiciária vem sendo exercido, com inescusável deficiência, pelos órgãos encarregados de prestação de serviços de assistência técnico-jurídica aos necessitados, tanto em plano federal, como nas unidades de nossa República Federativa (...).

Dada, porém, a óbvia falta de possibilidade de atendimento a todas as situações ocorrentes, o Governo paulista, objetivando suprir a mencionada deficiência do serviço público, celebrou, em 20 de fevereiro de 1986, um convênio com a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (...).

Esses paliativos, todavia, aqui, como alhures, não tiveram, nem podem ter, o condão de solucionar o problema. E, acrescidos a eles os relacionados com a deficiência da atuação profissional do advogado incumbido de efetuar-la, verifica-se, realística e lamentavelmente, que os postulados constitucionais da igualdade e da assistência judiciária gratuita passaram, especialmente em matéria criminal, da salutar intenção do legislador constituinte à quimera dos menos afortunados de, em algum dia, contar com o efetivo patrocínio defensivo de seu direito subjetivo material, precipuamente do da liberdade, relegado ao utópico anseio de assemelhação com o assegurado aos economicamente poderosos.⁶⁹⁹

O que se pretende, na verdade, não é estabelecer uma justiça dos pobres em contraposição à justiça dos mais abastados economicamente, mas, sim, formatar um Poder Judiciário acessível a todos com igualdade de condições e estrutura.⁷⁰⁰ Deseja-se romper com as perspectivas, ainda recente, das indiferenças em relação à realidade do sistema judiciário. “Fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso prático ao sistema, ou a disponibilidade de

⁶⁹⁷ Apud TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 164.

⁶⁹⁸ CHIAVARIO, M., Op. Cit., 1984, p. 135.

⁶⁹⁹ TUCCI, R. L., Op. Cit., p. 107, 108 e 109.

⁷⁰⁰ “Provavelmente o primeiro reconhecimento explícito do dever do Estado de assegurar igual acesso à justiça (pelo menos quando as partes estejam na Justiça) veio com o Código Austríaco de 1895, que conferiu ao juiz um papel ativo para equalizar as partes” (CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT Garth. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 11).

recursos para enfrentar o litígio, não eram (e não são) sequer percebidos como problemas”.⁷⁰¹

Postula-se o reconhecimento dessas diferenças, não apenas econômicas, mas também culturais, sociais, psicológicas etc.

Persegue-se o reconhecimento de eventuais *vítimas* do sistema dominante.

E por *vítimas* do sistema não significa apenas aqueles que são catalogados como réu ou como “menos favorecidos economicamente”.

Há quebra do princípio da igualdade também em relação à vítima do crime e da sociedade como um todo, quando a atuação do Ministério Público,⁷⁰² por vezes, encontra-se à mercê de um sistema contaminado justamente para impedi-lo de bem desenvolver sua atividade institucional.

A impossibilidade de o Ministério Público poder contar com a Polícia Judiciária, geralmente incapacitada técnica e humanamente de cumprir com sua peculiar atividade, gera para o órgão encarregado da defesa do Estado de Direito Democrático, intransponível desigualdade processual, já que, nestas hipóteses, a defesa, valendo-se da ineficiência estrutural do Ministério Público, ilegitimamente consegue resultados incompatíveis com a garantia constitucional de um processo *justo e equo*.

Ao tratar da igualdade entre acusação e defesa, reconhece Antonio Scarance Fernandes a possibilidade de tratamento diferenciado:

⁷⁰¹ Idem. Ibidem. p. 10.

⁷⁰² Evidentemente que essa afirmação não tem o condão de macular a autonomia institucional do Ministério Público, muito menos sustentar que cabe ao Ministério Público a representação processual penal da vítima ou da sociedade, uma vez que, conforme já sustentado, também o Ministério Público deve zelar pela observância dos direitos fundamentais do réu. O que se deseja afirmar é que a atuação do Ministério Público refletirá diretamente nos interesses da vítima e da sociedade como um todo.

Insere-se aí a garantia de paridade de armas no processo penal, igualando acusação e defesa.

Mas quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas.⁷⁰³

Esta paridade de armas, que também foi analisada por Mario Chiavario em relação à Constituição italiana, art. 3º e 24, delineada como princípio fundamental, não implica uma absoluta identidade entre os poderes concedidos às partes de um mesmo processo e nem preconiza, necessariamente, uma perfeita simetria de direitos e deveres respectivos. Aquilo que conta é que eventuais diferenças de tratamento sejam justificadas razoavelmente à luz de critérios de reciprocidade, de modo a se evitar que ocorra um global desequilíbrio e dano em relação a uma das partes.⁷⁰⁴

A imperfeita simetria nas relações entre as partes, que é de certa maneira impossível de se eliminar da estrutura do processo penal, evidencia-se também pela fundamental garantia da “presunção de inocência”, pois, se assim não fosse, não haveria nenhum sentido a concessão dessa garantia ao réu. Tudo isso serve em função de um reequilíbrio global de posições que podem, também, passar através de qualquer forma dessimétrica.⁷⁰⁵

Em relação à “presunção de inocência”, não se poderia deixar de transcrever o pensamento de Vincenzo Manzini, sob a égide do Código de Processo Penal italiano de 1913, ao criticar a afirmação de que seria sacro e inviolável o direito de o réu não ser considerado de certa forma culpado antes da sentença transitada em julgado. Segundo o autor italiano: “(...) que se deva considerá-lo inocente, enquanto é processado porque acusado de um crime, é uma tal enormidade, uma tão patente inversão do sentido lógico e jurídico, que não pode ser

⁷⁰³ FERNANDES, A. S., Op. Cit., p. 50.

⁷⁰⁴ CHIAVARIO, M., Op. Cit., 1984 p. 24.

⁷⁰⁵ Idem. Ibidem. p. 27.

admitido nem mesmo como modo de dizer”. E prossegue o processualista italiano: “(...) Enquanto pendente um procedimento, não há nem um culpado, nem um inocente, mas somente um acusado: somente no momento em que sobrevém a sentença se saberá se o acusado é culpado ou inocente”.⁷⁰⁶

A doutrina, portanto, vem aceitando a dessimetria entre as partes, principalmente ao justificar a não extensão do reconhecimento da desigualdade em favor do Ministério Público:

A acusação normalmente está afeta a órgão oficial. Tem este todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar somente com as suas próprias forças e o auxílio de seu advogado.⁷⁰⁷

Apesar dos fortes argumentos, essa limitação não se justifica, principalmente quando se busca construir um sistema processual penal para além da abstração idealista.

A partir do momento em que se realça o reconhecimento das diferenças com base no critério e no princípio da ética material - *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana* -, ou mesmo na questão do reconhecimento da exterioridade do “Outro”, a concepção de vítima do atual sistema não se restringe apenas a um dos pólos da relação jurídica processual penal. É que, por vezes, a figura de vítima do sistema nem sempre estará representada na pessoa do réu.

O fato de o Ministério Público ser uma instituição oficial, por si só, não permite concluir que esteja concretamente e empiricamente aparelhado, ou mesmo devidamente amparado pelo Estado, a fim de cumprir, em prol da sociedade em geral (portanto, vítimas em potencial), sua função constitucional. Aliás, a experiência tem demonstrado o inverso, ou seja, uma sobrecarga de processos, com poucos recursos humanos e, muitas vezes, no interior do Brasil, ainda dependente

⁷⁰⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. De Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo I, Buenos Aires: Librería El Foro S.A., 1996. p. 197.

⁷⁰⁷ FERNANDES, A. S., Op. Cit., p. 51.

da estrutura fornecida pelo próprio Poder Judiciário, quando não sujeito a resultados de instituições que mais prejudicam do que favorecem o desenvolvimento de suas atividades.

Também não procede a alegação de que o favorecimento de eventuais diferenças deve ser reconhecido apenas à defesa, sob o argumento de que o acusado somente pode contar com suas próprias forças e com o auxílio de seu advogado.

A vítima do crime, sujeita aos reflexos do resultado da atividade jurisdicional desenvolvida no processo penal, às vezes depende de um Ministério Público desguarnecido e sujeito exclusivamente ao esforço pessoal e solitário do Promotor de Justiça.

Portanto, nada adiantará aos processualistas em geral ou mesmo à Academia a realização de estudos sistemáticos do processo penal ou civil, simpósios e mais simpósios diante dos mais variados temas, especificamente sobre a melhor forma de se conseguir um resultado *équivo e justo* no processo penal, enquanto não forem efetivamente reconhecidas as diferenças culturais, sociais, econômicas das pessoas que participam da relação jurídica processual.

Reconhecer as desigualdades das pessoas é de rigor, não para igualá-las concretamente, pois as diferenças das condições sociais, culturais e econômicas sempre estarão presentes na realidade, mas, sim, para permitir a realização de atos concretos e eficazes que possam atenuar essa lamentável e indesejável circunstância da vida, levando-se sempre em consideração o critério e o princípio fundamental de uma ética material, ou seja, uma ética voltada para a *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*.

É bem verdade que esse tema nunca foi tratado com a devida preocupação que lhe é devida, pois, muito embora os juristas reconheçam a deficiência da relação jurídica processual em face das vítimas do sistema, permanecem resignados com a situação, limitando-se à incessante, desgastante e

infrutífera reivindicação de sua melhoria por parte do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Para não se permanecer nessa posição conformista, pretende-se apresentar uma alternativa.

A alternativa que se apresenta para esse lamentável quadro de desigualdade processual é realçar a *parcialidade positiva do juiz* e direcioná-la para o efetivo reconhecimento das desigualdades existentes no processo, seja em relação ao réu ou mesmo em relação à vítima do crime e a sociedade como um todo, a fim de que, através dos meios legítimos conferidos pelo ordenamento jurídico, e que não são poucos, possa promover-se o desenvolvimento da relação jurídica processual penal com base nos princípios democráticos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira de 1988.

Há necessidade, portanto, de se redefinir o papel do juiz, protagonista das atividades que ele coordena e orienta, com o “(...) esfuerzo de colaboración de las partes y profesionales, y sin miedo a la proyección de las consecuencias efectivas, es decir sin apego a la rutina”.⁷⁰⁸

Não se deseja, evidentemente, que essa nova configuração do juiz permaneça circunscrita apenas a uma postura meramente ideal, superficial e formalista, senão que ingresse profundamente no conteúdo pragmático do processo penal. Posição criteriosamente diligente que o conduza a resolver (com certa imaginação) no vértice do direito público e da transcendência da dimensão social em que se encontra estruturado o processo penal, as desigualdades existentes na relação jurídica processual. Ao juiz são adjudicadas funções, poderes (expressos, implícitos ou inerentes), com o objetivo de exercê-los razoavelmente, exigindo-se, para isso, o devido respeito ao direito de audiência, a bilateralidade, a igualdade das partes, sem incorrer em surpresas desestabilizadoras da regularidade de seu

⁷⁰⁸ MORELLO, A., Op. Cit., p. 606.

desenvolvimento, “(...) ni en exceso ritual que frustre la sustancia y destino útil de los actos y las actividades que conducen a la setencia”.⁷⁰⁹

Para que se alcance algum resultado, exige-se um árduo enfrentamento de dificuldades que, normalmente, configuram o foco filosófico do problema do acesso à justiça, e que circunda e condiciona contextualmente ao desenvolvimento da relação jurídica processual do caso particular e, em grau determinante, a “ideologia dos profissionais” operadores do direito. Esse enfrentamento é de extrema importância, para que não se compare, como ironicamente se diz na Inglaterra, o acesso à justiça com o eventual ingresso ao “Hotel Ritz”, que tem sempre as portas abertas “para todos”, ainda que sejam muito poucos os que, na verdade, podem hospedar-se nele.⁷¹⁰

3.6 A Pobreza como Principal Barreira Externa (Tendão de Aquiles) da Igualdade Processual e do Acesso à Justiça

Ao se tratar do processo penal e da atividade jurisdicional nele desenvolvida, deve-se abordar a questão vital “da pobreza”, e se fazer referência aos paliativos em uso que originariamente se costumam denominar de “benefício de pobreza”, ou melhor, “assistência judiciária gratuita” (eufemismo: que benefício pode dar a pobreza numa sociedade de consumo e da cultura de satisfação?). Na verdade, trata-se de epidérmicas ou presumidas compensações (Francesco

⁷⁰⁹ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁷¹⁰ “Um dos grandes problemas acerca da institucionalização da democracia na América Latina passa pela garantia do acesso universal à justiça. É interessante mencionar, para iniciarmos, a perspectiva pragmática de Aljandro Garro, do New York University:

‘Deixando de lado as discussões acadêmicas e altas proclamações, o melhor sistema judicial do mundo não vai ainda permitir justiça se a maior parte do povo não tiver acesso a ele. Tribunais e serviços jurídicos são, em teoria, acessíveis a todos, como o Hotel Sheraton – qualquer um pode entrar, tudo o que se requer é dinheiro. (Garro, A. ‘Access to justice for the poor in Latin América, In : O’Donell, G., Mendez, Pinheiro, P. S. The (un) rule of and the underprivileged in Latin America. Notre Dame: Notre Dame University Presse, 1999, p. 278-302’).(VERONESE, Alexandre. O terceiro poder em crise: impasses e saídas; *Cadernos Adenauer*, Ano III, 2002, n. 06, Rio de Janeiro: Ed. Fundação Konrad, p. 95 e 96).

Carnelutti), que na perspectiva de eximir dos gastos alguns sujeitos da relação jurídica processual, procuram emparelhar situações intrinsecamente desiguais, de quem não pode eleger seu advogado, muito menos assumir o processo em condições ideais ou com melhores possibilidades por causa de insuficiência de recursos.⁷¹¹

A pobreza não é mera ficção, senão efeito da desigualdade econômica e social principalmente no âmbito dos países da América latina.

As grandes barreiras do processo penal são aquelas que advém de fora e que se erguem como muros de contenção ao *justo processo*.

Entre essas barreiras, a pobreza caracteriza-se como o tendão de Aquiles de qualquer ciência processual que tenha por objetivo a factibilidade de resultado *équo e justo*.

Até mesmo as nações do chamado sistema mundo dominante reconhecem que a pobreza é o maior entrave para se conseguir o justo desenvolvimento de um processo jurisdicional.⁷¹²

É por isso que a Comunidade Econômica Européia, em suas considerações sobre a essência e o desenvolvimento de medidas concretas sobre a questão da pobreza, a fim de facilitar o acesso à Justiça, fixou o entendimento de que o acesso, assim como o direito a *uma justa audiência* – garantido pelo art. 6º da Convenção Européia dos Direitos Humanos (1950), são fatores essenciais de toda sociedade democrática.⁷¹³

Quanto ao ordenamento jurídico italiano, prescreve o art. 3º, inciso 2º, da Constituição italiana, que é obrigação da “República” na sua globalidade de

⁷¹¹ MORELLO, A., Op. Cit., p. 621 e 622.

⁷¹² Idem. Ibidem. p. 242.

⁷¹³ Idem. Ibidem. p. 242 e 243.

instituições e de órgãos (não excluído, portanto, o judiciário) operar no sentido de se conseguir cada vez mais a igualdade “substancial” e não apenas “formal”. Tal é o sentido fundamental indicado pelo princípio que estabelece como obrigação da República remover os obstáculos de ordem econômico e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país. Mais especificamente, o inciso 3º, do art. 24, da Constituição Italiana, consagra um plano contundente de inviolabilidade dos direitos de “ação” e de “defesa”, vinculando o legislador ordinário a estabelecer as condições e os modos para a reparação dos erros judiciários. Contudo:

Il programma di ‘politica sociale della giustizia’ che traspare dai citati articoli della Costituzione è tuttavia, ancor oggi, ben lontano dall’essersi tradotto in un efficace apparato di tutela processuale dei soggetti in condizioni sócio-economiche più deboli.⁷¹⁴

A nossa Constituição Federal estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III). O judiciário como componente importante da República tem papel preponderante na concretização desses objetivos

Para se ter uma idéia da influência do problema econômico na administração da justiça, podemos observar o que acontece nos EE.UU.:

La verdad es que el costo de la Justicia, *en todas las latitudes*, es caro y poco accesible. Uno de los fiscales del caso “Watergate”, el famoso Philip Heymann, ha reconocido que éste es el “talón de Aquiles” cuando se capta que la crítica más seria al sistema norteamericano de Justicia es que resulta muy oneroso a la hora en que *todos* los acusados solicitan sus derechos y piden que se realice el juicio con jurados. ‘Entonces, y finalmente, sólo el veinte (20) por ciento de los acusados llega suele negociar entre el fiscal y el defensor; el inculpado se declara culpable y logra una condena menor de la que hubiera obtenido en un hipotético juicio. Habría que buscar una vía para que más casos lleguen al Tribunal. Como están las cosas, tenemos procesos ejemplares – que cuestan mucho dinero- para un porcentaje reducido de los acusados y un sistema

⁷¹⁴ CHIAVARIO, M., 1984, Op. Cit., p. 371 e 372.

barato que, de manera indirecta, alienta a decir 'Yo soy culpable'.
Sinceramente, no me parece justo.(grifo nosso).⁷¹⁵

O sistema, na verdade, não funciona para “o homem comum” (Gelsi Bidart). O cidadão em geral, ou bem tem uma justiça (sua defesa) de segunda categoria ou simplesmente não conta com possibilidade de acesso à jurisdição, nem a outras opções alternativas, se é que elas efetivamente existem. Qualquer tentativa de análise do tema, pragmaticamente, demonstra que um aspecto é a possibilidade de se valer do devido processo legal adjetivo para os ricos, e outra para aquele, de fato, que envolvido em sua pobreza, quer usar a vestimenta de litigante. Tudo o mais não passa de simples retórica. É por isso que se exige para a resolução dos conflitos uma urgente e desesperada mudança fundamental e suficiente, que vá além do que atualmente se vem oferecendo, a fim de que a jurisdição seja uma atividade efetivamente igualitária.⁷¹⁶

O que se percebe, atualmente, principalmente no pensamento da grande massa desprovida de atenção social e estatal, é que os atuais mecanismos processuais só funcionam para alguns poucos. Na realidade:

Hay una atmósfera de desconfianza, de enojo, con lo que se proclama y ofrece, por los profesionales del derecho, porque así no tiene destino, no sirve, es insuficiente. Una fachada que oculta el muy diferente rostro de la realidad, sin logros de superación, porque en los hechos no atinamos sino a brindar más de lo mismo. La única verdad es la que los pobres pierden siempre.⁷¹⁷

É por isso que se indaga sempre:

¿Quién se defenderá cuando *de hecho* no puede hacerlo con *igualdad de armas*? ¿No está ya vencido, antes de estructurarse un litigio que, en tales condiciones, sólo será aparente y que aunque formalmente se colorea como tal, en lo que es sustancial o materialmente exigido por la Constitución, *termina en un fallo contrario a sus normas fundamentales*?⁷¹⁸

⁷¹⁵ MORELLO, A., Op. Cit., p. 260.

⁷¹⁶ Idem. Ibidem. p. 614.

⁷¹⁷ Idem. Ibidem. p. 616.

⁷¹⁸ Idem. Ibidem. p. 450.

Não basta apenas proclamar-se o direito ao justo processo. Exige-se um desafio muito mais eloqüente, ou seja, a derrubada das barricadas, especialmente as sociais e econômicas, consistentes em fatores de desigualdades reais das partes na relação jurídica processual. Sem isso, para muitos o caminho para justiça permanecerá intransitável.

As barreiras exógenas são verdadeiras “arbitrariedades externas”, cuja irrazoável incidência produz os mesmos resultados que a “arbitrariedade na motivação das sentenças”, que é uma grave irracionalidade interna do processo.⁷¹⁹

Conforme preconiza Augusto Morello, tudo isso nos propõem ao desafio do redescobrimento das pautas fundamentais que dão sustentação ao justo processo. Postula-se a retirada dessa máscara (formal) que disfarça, mas que também, paradoxalmente, deixa a descoberto “la indefensión sustancial”, encapsulada na viva realidade do processo penal, e que não se conforma com o sentimento de justiça.⁷²⁰

Devem-se observar as coisas concernentes à jurisdição “(...) con los ojos del que está necesitado de que se le haga justicia en su concreto reclamo”.⁷²¹

Segundo Augusto Morello:

No intentamos, obviamente, allegar respuestas políticas a *a todos los males de la sociedad*, ni hacer de Quijote o Robin Hood para enmendar las situaciones con las que nos topamos a diario y que, de una o otra manera, “perturban” en grados cada vez más intensos el sentido global del servicio por la generalización y la hondura de las discriminaciones

De lo que se trata - nos parece – es de reformular la manera de organizar la “empresa” de la justicia – que siempre se ha encarado desde un exclusivo matiz de técnica formal – lo que reputamos erróneo y parcial porque no permite alcanzar un deseado sinceramiento en la comprensión del debido proceso justo, que no

⁷¹⁹ Idem. Ibidem. p. 264.

⁷²⁰ Idem. Ibidem. p. 609.

⁷²¹ Idem. Ibidem. p. 610.

tolera ya el infértil y simplificador paradigma que lo reduce al constante empeño de “idealizarlo” en las normas constitucionales. En verdad nos consta del modo más fehaciente que sus predicados rectores, desde el *afianzar la justicia* para muchos – una gran mayoría – son inaccesibles o prácticamente imposible de hacerlos medianamente ciertos en el *derecho vivido* (Ortega y Gasset).⁷²²

Há necessidade de se refletir o processo penal, conforme já o fez Juan Eduardo Couture em relação ao processo civil, buscando um encontro de equilíbrio entre os postulados *políticos, sociais e econômicos externos*. Segundo o processualista uruguaio, o direito processual de uma democracia há de eliminar as bases do individualismo e formular *todo um sistema* que seja construído de acordo com o próprio regime democrático, que é o da defesa de nossa natureza humana; para isso deve-se transitar pelos valores da dignidade e da igualdade, sem os quais não se poderão assumir *solidariamente* as exigências do bem comum.⁷²³

Deve-se compatibilizar o estudo do processo com a realidade social, ou seja, fundamentalmente:

(...)para valorar si el régimen jurídico de aquélla es adecuado a los fines que debe alcanzar, y si son efectivas para todas las personas, cualquiera sea su condición, las garantías que (en principio) supone la existencia de la jurisdicción y del proceso, y tras esa valoración, para configurar los instrumentos apropiados para un ajuste más perfecto entre norma y realidad social.⁷²⁴

A pobreza, indubitavelmente, afeta a própria participação da parte em juízo, causando danos irremediáveis à ampla defesa, ao contraditório e à igualdade de armas.⁷²⁵

Muito embora não seja o processo ontologicamente um meio em si de “promoção” de justiça social, pode-se dizer que o processo, com os seus custos

⁷²² Idem. Ibidem. p. 610.

⁷²³ Apud Idem. Ibidem. p. 611.

⁷²⁴ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁷²⁵ “La stessa natura dialettica del processo vuole duello ad armi uguali e non sarebbero eguali le armi di un accusatore giurisperito e di un accusato digiuno di diritto”. (BELLAVISTA, Girolamo. *Lezioni di diritto processuale penale*. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973. p. 203).

humanos e econômicos e com as suas conseqüências, “(...) offre infatti un terreno particolarmente idoneo a divenire, a seconda dei casi, un amplificatore di quei condizionamenti, ovvero un, sia pur indiretto, fattore di eguaglianza ‘sostanziale’.”⁷²⁶

É por isso que se propõe o princípio da “parcialidade positiva” do juiz como forma de se transpor às barreiras externas do processo em prol de uma atividade jurisdicional justa e equânime.

3.7 A visão contemporânea do processo em relação à problemática da Justiça

3.7.1 O processo como instrumento de solidariedade humana – a humanização do processo penal

Para se romper com as barreiras externas que põem em dúvida a factibilidade (pragmática) dos resultados conseguidos com a decisão que é proferida na relação jurídica processual penal, exigem-se medidas que permitam suplantar os fatores sócio-econômicos que interferem na realização de um processo *justo e equo*.

As questões prioritárias (nucleares) que capturam a atenção dos estudiosos neste momento, e que possivelmente dominarão todo o horizonte processual constitucional do Século XXI, circulam por uma ampla faixa geral e comum a todos os países e se desdobram em um elenco integrado por:

- privilegiar su rol *instrumental* - de serviço- en el núcleo de la persona (principal referencia del Derecho), con base en la pauta guía de la *solidaridad y dimensión social*; la meta del debido proceso adjetivo, el desemboque real, es un fallo justo que en verdad solucione o disuelva los conflictos, que brinde una tutela efectiva, facilitando la realización del derecho material;

⁷²⁶ CHIAVARIO, M., 1984, Op. Cit. loc. cit.

- dar prioridad a los valores; en la cumbre, la dignidad de la persona, pero también en las sociedades de masas y en la escala de los conflictos coexistenciales, preservar la paz jurídica;

- reconocer que el hallazgo inteligente de las respuestas será la conclusión de un método *interdisciplinario*; en donde cada especialización arrime su verdad, su técnica, sumándose al esfuerzo común.

- El juez debe saber sumar a su función normal – la de dar con sus sentencias soluciones jurídicas – la creativa del derecho aplicable al caso, la de un activismo protagónico y una presencia y dirección inteligentes.⁷²⁷

A incansável luta para se derrubarem e ultrapassarem os obstáculos e as barreiras, tanto as do interior do processo em si (em particular a idealização abstrata do processo como realização suficiente e cabal do direito de defesa em juízo e a demora e ineficácia de suas decisões), como as exógenas demonstradas por tantas circunstâncias sociológicas debilitadoras (pobreza, linguagem, desinformação, discriminações), conduz a uma nova perspectiva: “(...) el del *proceso justo*, como resultante de los ajustes interiores y del paulatino e intenso derrocamiento de las vallas que, desde afuera de los tribunales, impiden el acceso a jurisdicción”. Essa perspectiva de um “processo justo” também é representada pela dimensão social de um processo, caracterizado por um aspecto mais *humano e solidário*, bem como pelo trânsito de uma justiça ortodoxamente “liberal” para aquela que incorpora em suas vivencias “(...)las exigencias del estado social de derecho, en el pivote de una clara relevancia del solidarismo (la justicia con un *rostro más humano*)”.⁷²⁸

São mudanças importantes e adequadas para um perfeito funcionamento do processo atual, ou seja:

(...)de la garantización de una aparente igualdad de armas a la destrucción de las barreras que impiden – en los hechos - asegurar

⁷²⁷ MORELLO, A., Op. Cit., p. 625 e 626.

⁷²⁸ Idem. Ibidem. p. 234.

la igualación real, consagrando la desprotección del débil, carenciado o sin capacidad económica de similar nivel, para equiparlos a la del dominante, lo que en la praxis equivale a verdadera privación de justicia; al mismo tiempo, un *retorno a la personalización*, a la debida consideración central de la persona, también, como sujeto del proceso o de sus alternativas integradoras (...); la constante y preferente atención en el *hombre* que está envuelto en el conflicto que dio origen a la controversia, y que aguarda la solución de éstos, *sus problemas*, que son los referentes del derecho y, *también*, del proceso; el franco reconocimiento de que el proceso es una institución social; los intereses que en él se hallan en juego trascienden los de las partes; humanizar el proceso es personalizarlo; al cabo socializarlo con los aires no egoístas de la solidaridad.⁷²⁹

Nessa notável e civilizada evolução inserem-se as conquistas propugnadas pelo modelo legítimo de acesso à justiça, cujos princípios atingem gravemente o velho edifício do “processo legal”, para torná-lo mais “poroso, funcional, sincero e realista”.⁷³⁰

Na verdade, a injustiça percorre todo o organismo social e solta suas raízes onde encontra um terreno propício. A fonte de injustiça está num sistema que reproduz em todos os níveis o abuso sem distinção de classe. Deve-se cada vez mais sustentar e com rigor a aspiração ética e intelectual que, por detrás de qualquer investigação teórica, conserva intacta sua razão de ser: “(...) la necesidad de eliminar la explotación económica y los abusos y discriminaciones sociales”.⁷³¹

⁷²⁹ Idem. Ibidem., p.306.

⁷³⁰ Idem. Ibidem. p. 355 e 340.

“Quizás quien en nuestra época haya reflejado con mayor solidez esa necesidad (sentimiento) de reducir las desigualdades sea John Rawls (Teoría de la Justicia) al consagrar el ‘principio de la diferencia’, según el cual no cabe conformarse con que el progreso de uno o pocos redunde en el progreso de otros, sino que corresponde exigir que se vuelque específicamente en beneficio de los que están peor, de suerte que habría que formularse de modo más severo: ‘voy a aceptar que tú ganes más con la condición de que tu ganancia redunde en beneficio de los que ganan menos’. También resalta el otro principio de la justicia que es el de que ‘la igualdad de oportunidades sea equitativa: lo que supone que la sociedad, de alguna manera, debe compensar las desventajas del punto de partida: que todos puedan partir del mismo nivel’”. (GRONDONA, Mariano, *Los pensadores de la libertad - de John Locke a Robert Nozick*. 6. ed. Sudamericana, 1992, pp. 141-144).

⁷³¹ MORELLO, A., Op. Cit., p. 346.

Portanto,

Recién cuando se derriben las 'barreras', y se remuevan los obstáculos que en la realidad ponen vallas insuperables a las demandas de los pobres a la Jurisdicción – en concreto, no en los sueños que promete la lectura de los textos constitucionales – podremos, sin hipocresías, afirmar que ha llegado el tiempo de los Derechos Humanos – entre los cuales el primero y capital, el *proceso justo*, es la palanca con la cual brincar al modelo adulto y solidaria del acceso a la Justicia.⁷³²

É por isso que se exige para a solução dos conflitos, urgentes mudanças fundamentais, que vão mais além do que atualmente se vem oferecendo, a fim de que a jurisdição seja uma atividade efetivamente igualitária, solidária e humana.

Um exemplo paradigmático da humanização e solidariedade introduzida no âmbito da relação processual, observa-se na seguinte decisão proferida pela Corte de Berlin, quando ela renunciou ao julgamento do ex-presidente da ex-República Democrática Alemã (Erch Honecker), sob o fundamento de que o estado de saúde (câncer terminal) do acusado era suficientemente grave, o que justificava o seu não julgamento como forma de *preservação dos direitos humanos* que estabelece a Constituição teutona ('La Nación', enero 28 de 1993, p.6).⁷³³

3.7.2 Repensar a nomeação de advogado aos menos favorecidos com base nos princípios que compõem o “processo justo e equo”

O direito à ampla defesa foi imposto pelo pensamento liberal do fim do século XVIII e começo do seguinte, o qual se configura essencialmente no fato de que a toda pessoa sujeita a uma persecução criminal lhe é garantida, de maneira efetiva, a oportunidade de discutir por meio de um advogado de sua confiança o mérito da imputação.

⁷³² Idem. Ibidem. p. 351.

⁷³³ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

Há que se registrar, porém, que a importância do direito à ampla defesa supera em muito o limite de um direito fundamental *individual*.

Na realidade, quando se está em jogo no âmbito processual penal a questão da ampla defesa jurídica, isso é de interesse de toda a sociedade democrática consubstanciada na exigência de que sentença penal tenha por pressuposto o devido processo legal.

A Corte Constitucional Argentina há difundido e sublinhado em diversas oportunidades que a defesa em juízo não é um gesto de “caridade”, muito menos uma “genérica intenção compensatória”. O imperioso é reconhecer o *direito* a uma defesa técnica de nível suficiente, senão melhor; para isso, é necessária a livre eleição do profissional, ou, pelo menos, a concordância do réu na escolha feita por terceiro.

Por isso, a denominada “ajuda legal” (expressão que, por si só, apresenta conotação discriminatória, mais de índole filantrópica que social, e que não se compatibiliza com a idéia moderna do *processo justo*) deve ser repensada.⁷³⁴

O que se percebe nos ordenamentos jurídicos latinos americanos, principalmente no Brasil, é que a nomeação de um defensor aos mais pobres não representa um compromisso com o “processo justo e equo”.

Os valores monetários que se oferecem a um defensor nomeado são ínfimos, para não dizer insignificantes, em relação à retribuição monetária feita aos mais bem qualificados advogados criminalistas. Há lugares, inclusive, que o defensor dativo nada recebe pelo seu trabalho.

Outrossim, quando comparece ao processo uma pessoa beneficiada pelo sistema capitalista, seus advogados, muitas vezes, não se sujeitam ao exercício da profissão pela média dos valores pagos à defesa dativa.

A deterioração e a ineficiência das principais funções estatais é pública e notória.

A questão da ínfima remuneração não se restringe à defesa dativa. O mesmo se verifica com os valores percebidos pelos médicos que atendem ao Sistema Único de Saúde, em comparação com atendimento médico particular, e também com os professores da rede pública de ensino municipal, estadual e federal, em comparação com a rede privada de ensino. O pagamento feito a esses profissionais pelo Estado, por si só, já denota, como acentua Augusto Morello, um fator discriminatório.

Salvo raras exceções, dificilmente se vê atuando num processo jurisdicional, como defensor dativo de um “pobre”, profissionais dos denominados “grandes escritórios criminalistas”. Quando eventualmente são nomeados, há sempre a possibilidade de recusa desse honroso encargo “filantrópico”.⁷³⁵

Na realidade, ao pobre (vítima de um sistema egoísta e injusto) resta, em regra, salvo raras exceções, os advogados recém formados, ou, ainda, aqueles que estão recém ingressando na carreira jurídica.

⁷³⁴ Idem. Ibidem., p. 521.

⁷³⁵ “La justicia de los pobres. Datos bastante concretos y precisos pueden indicar las enormes dimensiones de este problema ‘social’. Tomemos por ejemplo como punto de arranque el modo en que los diversos ordenamientos encaran hoy el problema de la justicia civil para los pobres. Las soluciones francesa, italiana y alemana se remontan al apogeo de la época del *laissez-faire*: 1851, 1865 y 1877, respectivamente. Se trataba de soluciones bastante similares entre ellas, soluciones que, especialmente en Francia y en Italia, está prácticamente aún hoy en vigor. Estas soluciones están basadas esencialmente en la idea del así llamado ‘deber honorífico’ de la profesión forense de defender a los pobres en juicio gratuitamente. La parte no habiente deberá naturalmente demostrar su condición de pobreza, y también la seriedad de su pretensión o defensa (el así llamado *fumus boni iuris*); pero una vez demostrado todo esto, vendrá a encontrarse en una situación de igualdad respecto a la parte rica: defensa gratuita, justicia gratuita - *justicia para todos*.

Es hasta demasiado obvio, empero, que en una economía de mercado las prestaciones hechas sin compensación tiendan a ser de pobre calidad. ¡Pobre defensa para la parte pobre!... Es así que, por ejemplo, en Francia se ha ido afirmando la regla, generalmente aceptada, de que el “deber honorífico” grava solamente a los stagiaires, los abogados jóvenes e inexpertos; los expertos generosamente renuncian al honor, y prefieren al cliente que paga” (CAPPELLETTI, M., Op. Cit., 1974, p. 68 e 69).

Evidentemente que se poderia justificar, conforme o pensamento Aristotélico, a desigualdade remuneratória de acordo com a capacidade de cada um; remunera-se, muitas vezes, de acordo com a capacidade e aptidão requerida para o caso. As diferenças dessas retribuições qualificam-se nos termos da habilidade e do reconhecimento público de cada profissional.

Essa questão da capacidade, destreza ou habilidade de cada profissional pode justificar o diferencial remuneratório entre os advogados; contudo, isso jamais poderá servir de justificativa ou como *discriminen* entre “pobres” e “ricos”. Os marginalizados de um dado sistema social e econômico sempre terão a impressão de que seus direitos fundamentais valem menos do que os direitos fundamentais dos “ricos”. Que a defesa de sua “liberdade”, diante da pretensão acusatória do Estado, é “mercadoria não tão bem aquinhoadada”.

Enquanto os profissionais que atuam no sistema da assistência judiciária, assim como os médicos do sistema de saúde e os professores do sistema de ensino, não tiverem uma remuneração condizente com a importância de seu cargo, os pobres continuarão à margem da justiça, da saúde e do ensino; continuarão a ser tratados como o “não ser”, como subcidadãos.

Já que o “pobre” não pode ter uma assistência judiciária em igualdade com o “rico”, porque então não dispensar o advogado? Poderia se pensar também em dispensar o médico e o professor.

Pensando assim, instituiu-se o denominado “juizados especiais civis”, os quais são, nada mais, nada menos, do que o reconhecimento em definitivo da ineficiência e do padrão discriminatório do sistema capitalista. Já que não há como se resolver o problema da pobreza, já que a riqueza sempre será um fator de *discriminen* entre as pessoas, cria-se um sistema em que aos menos afortunados permite-se comparecer *sem advogado*, e, ali, por si só, possam defender os seus

interesses pessoalmente, em que pese a outra parte, principalmente na Justiça Federal, sempre esteja acompanhada por profissional altamente qualificado.⁷³⁶

É bem verdade que o “juizado especial” foi idealizado com boas intenções, principalmente no sentido de agilizar as questões que envolvam as pessoas que não podem esperar muito pela resposta do Estado-juiz. Contudo, não deixa de ser um aspecto de discriminação, principalmente pelo fato de se permitir que a parte ali compareça sem advogado, enquanto a outra esteja representada por profissional da área jurídica.⁷³⁷

⁷³⁶ No juizado especial, pode-se observar que os juízes, na maioria das vezes, ao exercerem a atividade jurisdicional, o fazem no sentido de reconhecer a diferença social da parte menos favorecida, realizando aquilo que se tenta implementar neste trabalho como “parcialidade positiva”.

⁷³⁷ Ao se falar do Juizado Especial, não se poderia deixar de transcrever a crítica formulada por Salete Maria Polita Macalóz:

“Assim, os problemas e acontecimentos retirados do núcleo central das cidades perdem a sua importância política, o interesse geral e a observação através da mídia. É uma maneira de desjurisdicizar os direitos pessoais. Por seu confinamento às periferias, caem na clandestinidade social, nos moldes dos leprosários, dos hospícios, dos asilos, dos orfanatos e das prisões. É o mito do *Retiro*:... não é a reforma das instituições ou a renovação de seu espírito, mas esse resvalar espontâneo que determina e isola asilos especialmente destinados aos loucos... Dir-se-ia uma nova exclusão no interior da antiga, como se tivesse sido necessário esse novo exílio para que a loucura enfim encontrasse sua morada e pudesse ficar em pé sozinha. Nessas justiças não há casos retumbantes, merecedores das reportagens, ainda que meramente informativas, e os casos corriqueiros entram nos discursos oficiais para mostrar atuação eficiente, o fim da morosidade e a Justiça ao alcance de todos.

A justiça, tradicionalmente situada no centro das cidades, ainda continuará a ser conforme a sua antiga imagem: só para os ricos, classe média e empresas; para os pobres, apenas enquanto criminal punitiva, nos crimes cuja iniciativa só do Ministério Público, pois os *juizados especiais criminais* são para as ações penais privadas, nos conhecidos ilícitos de vizinhanças e outros passíveis de composição amigável. As ações penais de iniciativa do Estado só são cabíveis para aquelas de pena reduzida, conversível em trabalhos comunitários ou outras modalidades de punição alternativa.

(...).

Quando se afirma que os *juizados especiais* são a justiça dos empobrecidos é porque esta é a sua única Justiça. Eles não possuem a escolha entre esta e a “antiga”. Com a sua criação foi ampliada a justiça dos ricos, que podem optar, nos seus créditos, inferiores a 40 salários-mínimos (sic), entre as duas. As empresas foram as grandes beneficiadas, pois a maioria dos seus créditos decorrem de pequenos compradores inadimplentes. O caráter “popular” dessa Justiça se volta contra o povo naquelas ações onde o custo/benefício levava o credor a desistir da cobrança judicial.

(...).

Pela experiência dos *juizados especiais* pode-se concluir: a Justiça não precisa se desdobrar em outras “justiças” para estar acessível a todos; o seu fracionamento cria “justiças diferenciadas” para os diferenciados segmentos da população, não como uma adaptação aos seus problemas para melhor resolvê-los, mas para estratificá-los e solidificar o modelo sócio-econômico. Mais uma vez, a Justiça não se molda aos anseios populares e continua rígido instrumento de controle e opressão. Sua atuação não está voltada para a mudança de comportamento, como em alguns países onde os ricos também são punidos por seus crimes, inclusive econômicos, e as condenações pecuniárias vão além da dívida, impondo o respeito aos direitos do consumidor e do trabalhador, como qualidade de vida, esvaziando o Judiciário de milhares de ações, que no Brasil grassam pela impunidade generalizada” (MACCALÓZ, S. M. P., Op. Cit., p.112 a 122).

Não obstante tenha o Supremo Tribunal Federal reconhecido a constitucionalidade da norma que permite à parte comparecer sem estar representada por advogado, não se pode negar que essa posição realça a confirmação da inoperância de um Estado sujeito às regras de um sistema capitalista ignóbil e egoísta. O comparecimento sem defensor, além de discriminatório, realça a desigualdade entre “ricos” e “pobres”, acarretando enormes prejuízos aos excluídos do sistema capitalista, principalmente nos dias atuais, em que as questões jurídicas demandam cada vez mais conhecimentos altamente especializados diante da complexidade das teses doutrinárias e jurisprudenciais.

Na realidade, não se é eliminando a participação efetiva de um profissional qualificado (advogado) que se irá resolver o problema dos menos favorecidos; há necessidade de lhes oferecer as mesmas condições materiais que são conferidas aos “ricos”. Necessita-se colocar à disposição dos “pobres”, mesmo nos juizados especiais, advogados “altamente qualificados” que possam transformar suas pretensões em teses jurídicas e com condições de algum êxito final.

Enquanto isso não ocorre, e se é que um dia irá ocorrer, deve-se reconhecer a legitimidade da postura dos juízes dos juizados especiais, que através de uma “parcialidade positiva” reconhecem as diferenças sociais e econômicas, e introduzem essas questões para o interior do processo, levando-as em consideração por ocasião da decisão final.

Outro aspecto importante indicador da precária situação da defesa dativa em nosso país e sem dúvida do caráter discriminatório entre ricos e pobres, diz respeito à escolha do profissional.

Sendo o mandato judicial um instituto eminente *intuito personae*, não poderia o defensor nomeado decorrer de um ato processual simplesmente imposto pelo juiz, sem que o réu tenha qualquer possibilidade de participação na escolha do profissional que irá realizar sua defesa. Aos aquinhoados do sistema capitalista, plena liberdade de escolha do profissional que irá realizar sua defesa; aos menos favorecidos, a indicação compulsória realizada por terceiro.

A bem da verdade, deveria haver também um mecanismo processual que permitisse ao réu sob condição financeira desfavorável a possibilidade de opinar, ou mesmo escolher, entre vários defensores “altamente qualificados”, aquele que no seu modo de ver preenchesse o requisito *intuito personae*.

Na Itália, segundo Mario Chiavario, o aspecto da escolha por parte do interessado não é negado, mas, sim, sublinhado pelas disposições que atribuem aos órgãos do processo uma função de estímulo, para que o interessado exercite a faculdade de escolha de seu próprio defensor.⁷³⁸

Na legislação processual penal italiana, vigente em 1984, estava prevista a possibilidade de escolha de um defensor de fidúcia, não apenas a partir do primeiro ato de instrução em que comparecesse o imputado (no Brasil, por exemplo, o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado – artigo 185 do C.P.P., com a redação dada pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003), mas, muito antes, no curso de um ato direto a recolher elementos para o processo de uma “*persona non imputata*” ou que “*emergoni indizi a carico*” por parte desta última; não se deixe de recordar que o oficial de polícia judiciária, quando resolvesse realizar determinada atividade (por exemplo, interrogatório do indiciado), estava obrigado a aceitar, por parte do indiciado, a nomeação do defensor de sua confiança, o qual deveria ser imediatamente comunicado.⁷³⁹

No Brasil, os mais afortunados normalmente comparecem com seu defensor para prestar esclarecimentos em inquérito policial. Por outro lado, os

⁷³⁸ CHIAVARIO, M., Op. Cit., 1984, p. 142.

⁷³⁹ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

menos favorecidos são convidados e prestar esclarecimentos em inquérito policial sem qualquer assistência técnica de profissional habilitado.⁷⁴⁰

A Corte Constitucional italiana já teve oportunidade de reconhecer que o direito de defesa deveria ter plena atuação também na fase do inquérito policial, com a indispensável participação de um defensor.⁷⁴¹

Recentemente, durante a IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal realizada no Guarujá, Ada Pellegrini Grinover proferiu conferência sobre “O interrogatório como meio de defesa”, examinando o instituto à luz da recente alteração do C.P.P., quando, então: “(...) assentou a necessidade de presença do defensor, antes e durante o interrogatório policial (...)”.⁷⁴²

Com base nessa simples exposição realista da ampla defesa no processo penal, pode-se verificar o quanto distante de um *justo processo* se encontra a realidade internacional e, principalmente, a brasileira.

⁷⁴⁰ Também em relação ao Ministério Público observa-se certo tratamento diferenciado no âmbito do inquérito policial: “Além desses problemas está o fato de que a defesa (nos casos de réus suficientes economicamente) acompanha na delegacia a feitura da prova, enquanto que o Promotor de Justiça não pode ausentar-se de seu gabinete. A prova, nestes casos, também não resulta de um processo dialético, mas é sujeita às influências do defensor.

A solução que parece ideal é a de tornar o Ministério Público o dirigente da colheita de provas, com atuação supervisora sobre as atividades da Polícia Judiciária, seja pela criação de um sistema sobre as atividades da Polícia Judiciária, seja pela criação de um sistema que multiplique a presença do órgão acusador junto aos locais onde a prova é feita (assistentes do Ministério Público, colocação do Promotor de Justiça junto às Delegacias de Polícia, (...). (BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.61).

⁷⁴¹ “Con le sentenze n. 86 e n. 148 del 1969, la Corte dichiarò costituzionalmente illegitime – perchè in contrasto con il secondo comma dell’art. 24 Cost. – le norme del codice di procedura penale che consentivano alla polizia giudiziaria, al pretore ed al pubblico ministero di effettuare indagini preliminari, accertamenti ed operazioni tecniche senza che l’indiziato o l’arrestato provvedesse alla nomina di un difensore e senza le altre garanzie difensive proprie dell’istruzione. Non si può negare – affermava la Corte – che l’indiziato di un reato abbia interesse ad esplicitare, in relazione ad atti che possono avere un peso decisivo per le sorti del giudizio, quella stessa difesa che gli è consentita nella fase istruttoria; tanto più se si tien conto che si tratta il più delle volte di operazioni per loro stessa natura non ripetibili e quindi non suscettibili di essere verificate e controllate nell’ulteriore corso del processo”. (PISAPIA, G. D., Op. Cit., p.38).

⁷⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. IV jornadas brasileiras de direito processual penal. *In Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 120, ano 30, fev.2005, (65-67), p.66.

Mas não se pode apenas constatar essa discriminatória realidade e reclamar do Estado que apresente mecanismo de forma a superá-la. Não se pode aguardar que um dia o Estado estabeleça quadros de defensorias públicas que possam superar essa circunstância discriminatória, pois nem mesmo com a determinação constitucional isso surtiu algum efeito.

Há, na verdade, necessidade urgente de se estabelecer um mecanismo a fim de se conseguir, não a igualdade absoluta, o que é impossível, mas, sim, o efetivo reconhecimento dessas diferenças e, se possível, uma efetiva atuação do órgão jurisdicional visando superá-las.

Para isso, postula-se a figura do juiz “positivamente parcial”.

3.7.3 O Processo *Justo e Equo*

Durante o desenvolvimento deste trabalho, por diversas vezes fez-se referência a um *processo justo e equo*.

O que efetivamente se entende por *processo justo e equo*?

A preocupação com o *justo processo* há muito vem sendo alvo do direito internacional.

Entre as Convenções internacionais mais importantes, apresenta-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem como sendo uma das primeiras a se interessar pelo “*justo processo*”, (artigos 10 e 11): “Consacrano la presunzione di

innocenza ed il diritto dell'individuo ad essere ascoltato, in posizione di uguaglianza in un pubblico giudizio, da un tribunale indipendente ed imparziale".⁷⁴³

A especificação das diretrizes estabelecidas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem foi incorporada pela Constituição Federal brasileira, principalmente ao reconhecer a presunção de inocência, a garantia do contraditório e da ampla defesa em todo arco do procedimento processual penal.

A importância da garantia do contraditório foi também reconhecida pelo artigo 6, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. "Si tratta del diritto di farsi ascoltare, del diritto al colloquio ed al dialogo, in un corretto e pubblico giudizio (...)".⁷⁴⁴ Os direitos e as garantias enunciados nesse artigo decorrem, segundo a jurisprudência europeia, do geral princípio de equidade dos procedimentos judiciais.⁷⁴⁵

Sob o aspecto eminentemente processual, o art. 6, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, individua aqueles "direitos mínimos" na presença dos quais se pode dizer que está assegurado um "justo processo", e que, em linha de máxima, correspondem aos princípios que informam o processo penal.

Também no Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos são individualizados aqueles princípios que constituem os elementos do "justo processo". Particularmente, o art. 14 reconhece o direito do réu de ser julgado por um tribunal imparcial e afirma o princípio da presunção de inocência.

O artigo 6º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o artigo 14, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (do qual o Brasil é signatário) preconizam que a tutela jurisdicional tem por seu natural objetivo a

⁷⁴³ SIRACUSANO, Delfino. Introduzione. In *Il giusto proceso*. Associazione tra gli studiosi del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998. p. 21.

⁷⁴⁴ Idem. Ibidem. p. 22.

⁷⁴⁵ FIDELBO, Giorgio. Interventi e comunicazioni. In *Il giusto proceso*. Associazione tra gli studiosi del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998. p.151.

pronuncia de “decisão” que represente resposta efetiva ao *pedido de justiça*; aquela resposta não pode, de outra parte, prescindir de um *iter* que, além da exigência de observação de uma série de princípios específicos, garanta o ouvir e o sentir atentamente de todos aqueles que *demandam por justiça*; “decisão” e “participação” entre as partes devem, de todo modo, ser objeto de condução por um juiz não identificável “negativamente” com alguma delas.⁷⁴⁶

É imperioso salientar que o conceito de “justo processo” não está definido em nossa legislação processual penal, o que não causa qualquer surpresa, posto que não se trata de um conceito legal senão de uma construção jurídica que a doutrina e a jurisprudência constitucional elaboraram mediante um trabalho de hermenêutica a partir dos direitos e garantias do processo constitucionalizado.⁷⁴⁷

Identifica-se o justo processo com o conjunto de exigências que permitem ao juiz, como terceiro (im)parcial, ditar uma decisão conforme o Direito, em um processo público que garanta um debate equilibrado entre as partes e a observância da presunção de inocência do acusado; isto é, “(...) conforme a los principios que se extraen del conjunto de derechos y garantías procesales constitucionalizadas”.⁷⁴⁸

A noção do *justo processo* construída progressivamente a partir dos Tribunais Constitucionais europeus, teve forte influência da jurisprudência norte-americana, sobretudo porque o conceito genuíno de justo processo advém da cláusula do “due process of law”.⁷⁴⁹

⁷⁴⁶ CHIAVARIO, M., Op. Cit., p. 2.

⁷⁴⁷ ORTIZ, M. I. V., Op. Cit., p. 47.

⁷⁴⁸ Idem. Ibidem. p. 43.

⁷⁴⁹ “Los orígenes de esta expresión, según la opinión mayoritaria en la doctrina americana, se remontan a la Carta Magna inglesa en su versión de 1235, la cual disponía que el Rey no podía encarcelar o privar de sus derechos a una persona ‘salvo como resultado del juicio jurídico de sus iguales o por el derecho común’. Ciertamente este sometimiento del poder regio a un proceso jurídico nos confirma la idea de que en la cultura anglosajona, desde antiguo, se ha considerado que los procedimientos son la base de la justicia y permiten limitar la arbitrariedad del poder – por cierto, juicios a cargo de los iguales, de los pares, en clara alusión a la institución del Jurado -. Ciertamente aquella declaración contenía otras advertencias adicionales, como lo demuestra la llamada al reconocimiento de la superioridad del derecho común, de la ley de la tierra sobre otras fuentes de Derecho (...)”.(Idem. Ibidem. p. 51).

Entre os sistemas jurídicos que acolhem o denominado processo penal acusatório, nenhuma outra jurisprudência como a norte-americana abordou tantas vezes e com tanta ênfase o alcance dos direitos do acusado em um *justo processo*. O direito a um julgamento público, por meio de jurados imparciais, célere, com igualdade de oportunidades e garantia de defesa, constitui a essência do processo penal acusatório – contraditório – norte-americano.⁷⁵⁰

Segundo o juiz Frankfurte da Suprema Corte Norte-Americana, o devido processo (*procedural fairness*) é uma garantia constitucional que se resume no respeito às imunidades pessoais que estão tão arraigadas nas tradições e na consciência do povo, e que são consideradas como fundamentais. Em sua opinião, qualquer procedimento que “choca a consciência da humanidade” viola as exigências do devido processo.⁷⁵¹

O poder do Estado sobre a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos está submetido a um procedimento jurídico essencialmente justo (“due process of law”), razão pela qual todas as funções estatais (judiciário, legislativo e executivo) devem submeter suas atuações a essas pautas regradas, bem como a procedimentos que não apenas impliquem legitimidade de forma, mas, acima de tudo, também legitimidade *material*.⁷⁵²

Como teve oportunidade de ressaltar o italiano Giovanni Conso, então presidente da *Associazione tra gli studiosi del proceso penale*, tem-se, atualmente, mais do que nunca, sede de justiça, uma vez que a injustiça irrita onde quer que seja. É oportuno falar-se de justiça social, isto é, de uma sociedade justa. “Prima di tutto, anzi al di sopra di tutto, ci vuole una società giusta e ogni suo

⁷⁵⁰ Idem. Ibidem. p. 50.

⁷⁵¹ Rochin vs. California, 342 U.S. 165, 169 (1952).

⁷⁵² ORTIZ, M. I. V., Op. Cit. loc. cit.

elemento, a cominciare dalla giustizia, deve concorrere perché la società sia sempre meno ingiusta”.⁷⁵³

É certo que para muitos a postulação de um “justo processo” segundo os ditames de uma “justa justiça” não passa de uma ilusão bela e atraente, não indo além de uma evangélica expressão; em suma, não é algo pertencente ao mundo dos seres humanos.

Não se nega que a plenitude de uma sociedade justa não passa de uma utopia impossível de se alcançar na concretude de uma realidade, “(...) ma da perseguire costantemente per avvicinarsi il più possibile”.⁷⁵⁴

O que se pretende realçar é o encontro do processo penal com a perspectiva de uma *giustizia giusta*, sem que isso implique em um paradoxo, sem que isso signifique uma inútil repetição de significados.

Giustizia giusta quer dizer algo mais que *justiça*, mais que um *processo justo* satisfeito com a simples observância das formas, ou seja, um processo conforme a lei. Não se trata apenas de respeitar as regras, uma vez que isso não é suficiente para se afirmar a existência de uma *giustizia giusta*. A justiça e o processo devem ser justos, não apenas no sentido de respeito às prescrições legais, “(...) ma in un senso più profondo, di un sistema che deve rispettare i grandi valori ad i grandi principi cui le norme devono ispirarsi”.⁷⁵⁵

Assim, toda decisão é teoricamente caracterizada por um valor de correção da solução da *questio iuris*, por um valor de atendibilidade da versão

⁷⁵³ CONSO, Giovanni. Intervento di giovani conso. In *Il giusto proceso*. Associazione tra gli studiosi del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998. p.2.

⁷⁵⁴ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁷⁵⁵ Idem. Ibidem. p.3.

dadas aos fatos pelo juiz, e por um valor de correção do procedimento que há conduzido à decisão.⁷⁵⁶

Segundo a Corte Europeia dos Direitos do Homem, o processo penal não é *équico* caso se desenvolva em condições tais que coloquem injustamente o acusado em situação de desvantagem, ferindo a garantia da paridade e oportunidade do debate em contraditório.

O *équico* processo tem por objetivo, portanto, garantir o respeito à dignidade jurídica da pessoa humana, mediante as garantias específicas que são observadas para a realização de uma boa administração de justiça. São garantias concernentes à organização do aparato judiciário, à presunção de inocência, ao contraditório etc.⁷⁵⁷

Assim, serão considerados os valores internos e externos do sistema jurídico, na elaboração de um “justo processo”.

Sobre tal questão, vale a pena recordar que, na visão de Gaetano Foschini, toda e qualquer norma de direito não tem conteúdo unívoco, mas é um instrumento de realização de valores externos. Trata-se da teoria denominada de “visão processual do direito”, segundo a qual o sistema jurídico é concebido como um reservatório de valores no qual a jurisprudência retira, por vezes, as suas motivações, não para aplicar o direito (em homenagem à função instrumental do processo), mas, sim, para criar direito (segundo a visão processual referida). O próprio processo, portanto, produz o direito utilizando como meio de referência não

⁷⁵⁶ “(...) tendo em vista a natureza praxístico-decisória e não simplesmente significativo-cognitiva do pensamento jurídico, a sua intenção e as suas exigências regulativas não se cumprem a partir de um ‘correto compreender’ mas sim a partir de um justo decidir; os valores a serem potenciados nesse pensamento não são a ‘correção cognitiva’ ou a verdade mas sim a ‘justeza decisória’ ou a justiça; a compreensão dos fundamentos ou dos critérios previamente dados não basta para a decisão, pois entre esses fundamentos ou os critérios e a decisão concreta intervém a ‘mediação judicativa’, com a sua específica dimensão problemática e com uma particular autonomia constitutiva (...)”. (FERNANDES, F., Op. Cit., p.20).

⁷⁵⁷ FIDELBO, G., Op. Cit. loc. cit.

somente os valores que o sistema penal propõe, normatizando-os, mas, também, os valores externos ao sistema jurídico.⁷⁵⁸

No pensamento de Plauto Faraco de Azevedo:

Ao juiz incumbe a missão de individualizar de modo apropriado a lei aos casos concretos. Para isto, tem o magistrado que abrir-se ao mundo ao invés de fechar-se no código e no exoterismo lógico-formal. É preciso que tenha claro que os códigos e os conceitos jurídicos estão no mundo, mas não são o mundo.

Uns e outros existem para ordenar adequadamente a vida intersubjetiva, apenas justificando-se na medida em que servem a essa destinação. Não se pode pretender, por isso mesmo, que se sobreponham à vida.

Mas o que significa dizer-se que o juiz tem que abrir-se ao mundo? Significa pura e simplesmente que deve ele interessar-se pelo que se passa a seu redor. Precisa, antes de mais nada, conhecer os fatos que constituem a trama histórica de seu tempo, através da leitura e da observação. Só o hábito de perscrutar os acontecimentos lhe permitirá distinguir, no caudal infindável das informações característico de nosso tempo, a verdade da mistificação, o fio condutor da verossimilhança histórica do jogo ideológico reprodutor de condições econômicas indefensáveis e de privilégios encasteladores na ordem estabelecida.

Na medida em que se interessar pelo drama de seu tempo, o juiz poderá perceber a verdadeira dimensão e a inserção histórica de seu trabalho, situando e compreendendo a ordem jurídica no contexto humano global. Na medida em que acresça ao seu saber técnico uma visão de mundo tão dilatada quanto possível, o juiz enriquecer-se-á interiormente, podendo melhor avaliar os dados reais, humanos, que constituem a razão de ser, tantas vezes esquecida, de todo processo.

(...).

Nessa perspectiva o trabalho do jurista e do juiz precisa ser *criativo*. (...). Se tiver se preparado para ser *criativo*, não precisará esperar passivamente a modificação das leis para exercer na sua plenitude suas funções, até porque, como é fartamente sabido e vivenciado pelo povo e pelos juristas brasileiros, não se pode identificar a multiplicação das leis ao progresso do direito.⁷⁵⁹

⁷⁵⁸ SCILLITANI, Marco. In *Il giusto processo*. Associazione tra gli studiosi del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998. p. 200.

⁷⁵⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. 4. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 70-74.

Sobre o tema não se poderia deixar de anotar a intervenção formulada por Alfredo Greco, membro do “Pubblico Ministério” italiano, em 1996, na *Università de Salerno*, quando indicou que a própria essência da jurisdição é representada através de um “giusto processo penale”. Em sua manifestação, indagou o Promotor italiano: Onde está o processo? Em resposta, afirmou que o processo penal, atualmente, não passa de um cadáver. E concluiu:

(...)Allora io vorrei da voi, signori, che a questo corpo inanimato cercaste con qualche spunto della vostra dottrina, della vostra scienza, di dar vita a questo corpo inanimato perché corpo inanimato non ha da essere, per un semplice motivo: il problema fondamentale, a mio avviso, di questo paese è la giurisdizione, abbiamo perduto in questo paese, il culto della giurisdizione, la ragione della giurisdizione, l'essenza della giurisdizione (...). Abbiamo perduto il culto, l'essenza, la ragione della giurisdizione, e quando in un paese si perde o si rischia di perdere il culto nella giurisdizione, in un paese si perde di civiltà.⁷⁶⁰

O justo processo reclama, portanto, como bem acentuou Alfredo Greco, um sopro de vida no cadáver da atividade jurisdicional, mediante a observância dos princípios constitucionais e dos valores internos e externos ao sistema jurídico, a fim de que sejam não apenas formalmente vivenciados, mas, principalmente, materialmente garantidos.

E esse sopro de vida no processo deve ser dado através do princípio da “parcialidade positiva” do juiz, que efetivamente irá humanizar a relação jurídica processual penal, por meio do reconhecimento da concepção filosófica da “racionalidade do outro”.

Processo *justo constitucional* pressupõe, envolve, contém, integra-se através do acesso à jurisdição, sem obstáculos que de fato lhe vedem o direito de participação, o direito de ser ouvido, de gestionar e praticar as provas pertinentes, o direito a uma sentença motivada e célere, definindo-se num prazo razoável⁷⁶¹; um

⁷⁶⁰ GRECO, Alfredo. In *Il giusto proceso*. Associazione tra gli studiosi del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998. p. 161-163.

⁷⁶¹ Ressalte-se que a Emenda Constitucional n. 45, de 13 de dezembro de 2004, inseriu no Artigo 5º da Constituição Federal brasileira o inciso LXXVIII, que assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

processo em que se possam propor os recursos, em que a garantia de bilateralidade de audiência e do contraditório sejam tangíveis; assim como a possibilidade de exercer os atos e atividades com assistência técnica adequada e que o conteúdo da defesa não se satisfaça somente formalmente senão de maneira efetiva e com utilidade. E mais, na busca da jurisdição (obtenção de uma solução justa), o sistema constitucional consagra, com clareza digna de todo elogio, um modelo de justiça que proíbe eventual falta de defesa, sem obstáculo nem desigualdades que desfaçam o universo das possibilidades de quem não são iguais senão distintos.⁷⁶²

Segundo Novella Galantini, o conceito de “giusto processo” conduz, freqüentemente e automaticamente, à afirmação da necessidade de que os princípios fundamentais daquele “giudizio collettivo” que se desenvolve no processo por meio das ações das partes e do juiz, sejam respeitados. É necessário, portanto, que a justiça do procedimento seja confiada a critérios tais que possam garantir respeito aos diversos interesses em jogo. Neste aspecto parece ressaltar a importância do princípio do contraditório, “(...)la dialettica nella ricostruzione del fatto e la correlata formazione degli elementi di conoscenza direttamente valutabili a fini decisori, hanno infatti un significato solo se riferiti alle medesime parti e allo stesso giudice”.⁷⁶³

⁷⁶² “Art. 18, Const. Nac., Enmienda VI de la Constitución de los EE.UU. de América; art. 24.1, Const. Española; 8ª Convención Americana de Derechos Humanos (1969); 6º Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, noviembre 4 de 1950), etc.” (MORELLO, A., Op. Cit., p. 265 e 266).

⁷⁶³ GALANTINI, Novella. In *Il giusto proceso*. Associazione tra gli studiosi del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998. p.169.

CAPÍTULO IV – O “INFINITO” E A “RACIONALIDADE DO OUTRO” COMO FUNDAMENTO DA “PARCIALIDADE POSITIVA DO JUIZ”

4.1 Considerações Preliminares.

A partir deste momento, ingressa-se no fundamento da tese desenvolvida neste trabalho representado pela “parcialidade positiva” do juiz.

Para tanto, sustentar-se-á uma ética da libertação a ser introduzida na relação jurídica processual penal através do reconhecimento da “exterioridade do outro”.

A “parcialidade positiva” do juiz é fruto do rompimento da “totalidade” moderna em que se encontra atualmente inserido e compreendido o princípio da imparcialidade do juiz.

Sustenta-se uma perspectiva consubstanciada na “alteridade do ‘Outro’”, representada pelo reconhecimento das vítimas sócio-econômico-culturais que eventualmente venham fazer parte da relação jurídica processual.

Nessa última fase do trabalho, escolhe-se um caminho diametralmente oposto daquele preconizado por Elio Fazzalari, quando, ao analisar a questão da imparcialidade do juiz, peremptoriamente afirmou que o juiz não pode, na relação jurídica processual, reconhecer o “outro”, reconhecer a debilidade econômica, cultural, social ou mesmo psicológica do “outro”, uma vez que, assim agindo, poderá produzir possíveis decisões iníquas.⁷⁶⁴

Não obstante a admiração e o respeito que se deve ao eminente processualista italiano, não se pode deixar de considerar que sua visão está inserida na totalidade racional da Europa continental, o que favorece a postulação de um juiz totalmente divorciado das necessidades e das precariedades humanas.

Neste trabalho, ao contrário, realçam-se as particularidades da periferia do mundo, as desigualdades da América Latina, a necessidade de uma “alteridade do Outro”.⁷⁶⁵

Evidentemente que essa opção trará consigo os riscos inerentes a toda e qualquer tentativa de aproximar o processo à justiça e à equidade. Mas é um risco que vale a pena correr, principalmente quando se apresentam, num

⁷⁶⁴ “Potrebbe sembrare al profano o all'osservatore superficiale che al giudice incomba almeno di sopperire alla debolezza del non abbiente. Ma no è così. La Carta fondamentale è chiarissima nel volere che a quel cittadino siano forniti, mediante appositi istituti, mezzi d'assistenza per agire e difendersi in giudizio; ma, proprio per questo, essa non consente che, in difetto di mezzi e permanendo l'inadempienza costituzionale dello Stato, il giudice manifesti una qualsiasi parzialità nei confronti del non abbiente: secondo la Costituzione questi deve comparire davanti a lui già munito dell'usbergo che lo metta al sicuro dalla sua stessa debolezza e che renda omnimamente superflui poteri, per così dire suppletori, del giudice in di lui vantaggio.

(...).

Chè, se invece la norma sostanziale non contempli o non supplisca a quella debolezza, il giudice non può, in sede di giudizio di diritto, abbandonarsi al dubbio o cedere alla tentazione di scegliere, come metro di giudizio, un altro valore (o, più semplicemente, la propria personale valutazione); nè può travisare quella norma.(...).” (FAZZALARI, E., Op. Cit., p.197, 198 e 199).

⁷⁶⁵ “La alteridad para E. Levinas no es un concepto abstracto, sino un momento estructural del sentir humano. El yo y la libertad se alzan en esta específica sensibilidad humana por la que el otro es otro antes que concepto. La noción idealista de sujeto sólo es posible desconociendo que ‘el mundo sensible desborda la libertad de la representación’. El rostro, el cara-cara son expresiones plásticas de una alteridad insalvable e irreductible del sentir humano. Esta alteridad es precisamente el *fundamento* de la ética”. (COROMINAS, J., Op. Cit., p. 92).

contexto histórico dos últimos séculos, os pífios e frustrados resultados do exercício da atividade jurisdicional.⁷⁶⁶

4.2 Ceticismo Crítico ao Sistema Vigente

Desconstruída a estrutura conceitual da (im)parcialidade do juiz conforme fora formulada pela Modernidade, não se deve deixar contaminar por aquilo que se denomina de ceticismo da *razão como tal*, que deve ser refutado visando à consistência do discurso ético, ou mesmo pelo ceticismo *anticrítico* a serviço do cínico (que nega a racionalidade ética crítica – ceticismo antiutópico conservador).

Em face da existência de vítimas no âmbito da relação jurídica processual penal ou civil - o que se demonstra notório e evidente nos ordenamentos jurídicos da América Latina, principalmente no Brasil - o crítico (tanto a própria vítima como o “intelectual orgânico”) se transforma em cético crítico diante do sistema vigente, diante da sua verdade e validade.⁷⁶⁷ São “céticos” da “verdade”, da “validade”, da legitimidade do sistema vigente.⁷⁶⁸

⁷⁶⁶ “(...) Rinnegando la dottrina tradizionale, che considera il giudice come mero ‘servus legis’, essa mira a superare il positivismo legislativo, ma pone in crisi quel valore della *certezza del diritto*, che è una insopprimibile garanzia di libertà. Se è vero che tale concezione tende ad avvicinare il diritto ed il processo alla giustizia ed all’equità (esattamente definita la ‘giustizia del caso singolo’), essa rappresenta un pericolo per altri valori fondamentali che sono in gioco nel processo. Tutto ciò che il processo può guadagnare in giustizia concreta, rischia di perderlo sotto il profilo della *garanzia*”. (PISAPIA, G. D., Op. Cit., p.6).

⁷⁶⁷ “En la nueva cosmovisión ‘dogmática’, las víctimas no equivalen al sujeto pasivo del delito (aunque lo opinen todavía algunos penalistas y magistrados) sino que, según definen las Naciones Unidas: ‘Se entenderá por *víctimas* las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribire el abuso del poder’”. (BERISTAIN, A., Op. Cit., p. 22 e 23).

⁷⁶⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.470.

As contradições dialéticas exigirão que toda pessoa de certa maneira tenha dúvidas e preste atenção à crítica.⁷⁶⁹

Até o presente momento, neste trabalho, procurou-se, amparado no ceticismo crítico, colocar em dúvida o pensamento conservador de todas as épocas em que tem em Hegel a percepção de que “o real é racional”; de que conhecer ou pensar o real será conhecer e pensar a racionalidade que há nele⁷⁷⁰; de que a imparcialidade do juiz é real tendo em vista que é a melhor formulação possível segundo o sistema atual.⁷⁷¹

O ceticismo crítico foi até este momento um critério importante diante de um consenso que se tornou inválido aos olhos das vítimas da relação jurídica processual, seja ela a vítima que não dispõe da devida assistência judiciária, seja a sociedade ou a vítima do crime que não se encontra devidamente representada por um Ministério Público aparelhado e estruturado.

⁷⁶⁹ DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação* – superação analética da dialética hegeliana. São Paulo: Edições Loyola, 1986. p.44.

⁷⁷⁰ Contudo, uma das categorias formuladas por Hegel pode muito bem ser aproveitada para fundamentar a crítica da imparcialidade. Afirma Hegel que: “(...) a igualdade dos homens é um absurdo e as doutrinas dela derivadas são ‘doutrinas vis e trapaçadas do livre arbítrio’ (...). Hegel não hesita em reconhecer que a existência de ricos e pobres é uma realidade iniludível que importa compreender em sua racionalidade e não negar e esconder irracionalmente: ‘da diversidade de dons naturais e espirituais - diz ele – é consequência necessária a desigualdade de fortuna’. Patente seguindo, embora sem os citar, os estudos de Robert Malthus, afirma que ‘nunca a sociedade possuirá bens bastantes para pagar o tributo ao excesso de miséria e à consequente plebe’. (HEGEL. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. de Orlando Vitorino. 3. ed. Lisboa: Guimarães Editores, Ltda., 1986. p. 24 e 26).

É uma verdade contextual de que é uma utopia impossível preconizar uma igualdade definitiva entre os homens, razão pela qual é um contra-senso preconizar a imparcialidade do juiz, pois se há desigualdade, somente o juiz liberto de sua imparcialidade é que poderia compensar essa desigualdade existente.

⁷⁷¹ “La verdad de la *razón* no tiene ningún carácter fijo y absoluto, sino que es intrínsecamente dinámica, mudable e histórico. Puesto que todo conocimiento es hipotético, certeza y búsqueda de la verdad se excluyen. Se ha de sacrificar la tendencia a la certeza para propiciar la revisión de conocimiento y, así, su progreso(...)”.

La solución del reacionalismo crítico a estas aporías es la de negar que exista una verdad primera. No hay punto de partida que valga, sólo hay la posibilidad de un continuo examen crítico de los enunciados ateniéndonos al principio del falibilismo ilimitado por el que se afirma que todo es inseguro. Toda fundamentación es, en definitiva, o vacía o dogmática”. (COROMINAS, J., Op. Cit., p. 86 e 87).

Contudo, seria inconsistente apenas a constatação de que a razão crítica torna-se cética do exercício funcional da razão dominadora.

Deve-se dar um passo adiante no sentido de se apresentar uma visão utópica possível para que se possa solucionar o grave problema de acesso à justiça e das diferenças sociais e culturais das partes na relação jurídica processual.

Assim, uma vez posta em dúvida a racionalidade do sistema vigente e a atual concepção da (im)parcialidade do juiz, seja por questões biológicas, psicológicas, sociais ou culturais, necessita-se dar um passo adiante, visando apresentar uma nova proposta de pensamento.

Se na visão do ceticismo crítico, além de não ser o juiz um ser *imparcial*, em decorrência dos aspectos biológicos, psicológicos, sociais e culturais que constroem sua personalidade, exige-se dele, diante das vítimas do sistema dominante, uma “parcialidade positiva”, que passa a ser um novo ponto de referência na caracterização jurídica do magistrado e de sua participação no âmbito da relação processual.

Isso não significa dizer que essa parcialidade inevitável do magistrado seja de qualquer ordem.

Uma coisa é a constatação da parcialidade positiva e não neutralidade do juiz, outra coisa, bem diferente, é a forma da condução e encaminhamento dessa problemática na ordem da validade e legitimação da decisão judicial.

O que se pretende, na realidade, é construir um princípio da “parcialidade positiva” do juiz em contraposição à “parcialidade negativa” do juiz, tão pérfida e ignóbil quanto à visão do princípio da imparcialidade do juiz nos moldes como fora preconizado na Modernidade.

4.3 Nova Leitura da (Im)parcialidade – Parcialidade Negativa e Parcialidade Positiva

Diante da natureza jurídica da (im)parcialidade, há necessidade de estabelecer uma diferenciação entre a aplicação da *regra jurídica* garantidora de um direito processual ao juiz imparcial e o *princípio do juiz imparcial*.

O direito processual ao *juiz imparcial*, garantido pela *regra jurídica* incorporada no contexto do Código de Processo Penal, diz respeito àquilo que se passa a denominar neste trabalho de “parcialidade negativa” do órgão jurisdicional, representada por todas aquelas hipóteses de abstenção ou recusa do juiz, além de outras que possam sugerir alguma vinculação pessoal negativa do magistrado com uma das partes da relação jurídica processual.

Por sua vez, o *princípio do juiz imparcial* reclama uma *ponderação* natural relativa a todos princípios. Como neste caso não se está diante de uma regra de validade do ordenamento jurídico, permite-se conceber a parcialidade do juiz sob dois aspectos.

Em primeiro lugar, o *princípio do juiz imparcial* visa aos mesmos objetivos já delineado pela *regra jurídica* processual de abstenção e recusa do juiz, ou seja, legitima qualquer postura jurídica que evite a participação de um juiz que se caracterize pela “parcialidade negativa”.

Em segundo lugar, e aqui reside o ponto central da tese deste trabalho, o *princípio da imparcialidade do juiz* também reclama uma postura de *natureza positiva* por parte do magistrado.

Essa nova perspectiva passará a ser denominada, a partir de agora, como sendo a “parcialidade positiva” do juiz. Nesta hipótese, está-se diante não mais da parcialidade negativa, mas, sim, da *parcialidade positiva do juiz* decorrente de uma nova leitura a ser conferida ao *princípio da imparcialidade*.

Boa parte da doutrina estrangeira já vem formulando essa subdivisão do princípio da (im)parcialidade do juiz.

Um primeiro grupo analisa a (im)parcialidade apenas sob o aspecto negativista ou subjetivista, direcionado para as eventuais proibições ou deveres exigidos dos juízes na relação jurídica processual.

O segundo grupo coloca em destaque o conteúdo positivo do princípio da (im)parcialidade.⁷⁷²

Para perspectiva negativista do princípio, a imparcialidade tem por objetivo assegurar a independência do Poder Judiciário e a neutralidade político-partidarista do julgador. Preconiza-se a independência perante os interesses partidários ou interesses privados, pessoais ou de grupo. A imparcialidade esgota-se, assim, na imposição de uma série de proibições: “ (...)a proibição de favorecer ou dar preferência, a proibição de discriminar ou perseguir, a proibição de intervir no processo quando pessoalmente interessado”.⁷⁷³ Desse aspecto da imparcialidade judicial decorrem duas regras importantes: “*nemo iudex in causa própria*” (proíbe-se o exercício dos poderes funcionais por quem tenha algum interesse na decisão) e “*audi et alteram partem*” (impõem o contraditório e o direito de audiência em todo o arco do procedimento penal).

Para a concepção positivista ou objetivista, a imparcialidade não apresenta apenas um aspecto negativista, mas representa, também, uma imposição

⁷⁷² “A imparcialidade implica, antes de mais, a isenção do sujeito em relação aos interesses perseguidos; impõe a ausência de interesse pessoal na sua realização. A imparcialidade não significa passividade, não equivale à inactividade.

A esta vertente negativa de imparcialidade, ALLEGRETTI chama neutralidade, mas neutralidade activa e participada que se reflecte no domínio da organização administrativa e do procedimento administrativo.

Por outro lado, a imparcialidade obriga à contemporaneização de todos os interesses que em concreto sejam juridicamente relevantes: como salienta ALLEGRETTI, a imparcialidade, na sua vertente positiva, exige que o sujeito considere e pondere todos os interesses afectados pela sua actuação. O que se pretende é a justa composição dos conflitos” (MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 118).

⁷⁷³ Idem. Ibidem. p.154.

ao juiz de ponderar de forma adequada e previamente à tomada de decisão todos os interesses juridicamente relevantes.⁷⁷⁴ A ponderação dos interesses inseridos na atuação do órgão jurisdicional, para alguns autores, se dá em valores como a verdade e justiça, outros mencionam a democracia, a racionalidade e a objetividade.

A doutrinadora portuguesa, Maria Teresa de Melo Ribeiro, optou, e com muito acerto, pela tese de que também apresenta a (im)parcialidade uma visão positiva e objetiva, “(...) quando impõe a ponderação dos diversos interesses juridicamente protegidos e presentes no caso a conformar”.⁷⁷⁵

Não se discute a importância da vertente negativista do princípio da imparcialidade como corolário do liberalismo do século XVIII.

Em razão das hipóteses de impedimento e suspeição do juiz, contidas principalmente nas normas infraconstitucionais, protegem-se valores como a isenção e a independência do juiz, garantindo-se, desta maneira, o exercício desinteressado da função jurisdicional exercida no processo penal.

Mas, na verdade, é a vertente positivista que aproxima a atividade jurisdicional à concepção de um processo *justo e equo*. Ao determinar essa vertente que o juiz leve em consideração todos os interesses envolvidos na relação jurídica processual, principalmente no que concerne às diferenças já apontadas, supera-se, desta forma, a visão estritamente subjetivista da imparcialidade que tende a visualizar neste princípio apenas deveres e proibições em face da pessoa do juiz.

⁷⁷⁴ Nesse sentido: ANDRADE, José Vieira de. *A imparcialidade da Administração como princípio constitucional*, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, v. L, 1974, p. 224, 225, 236; CORREIA, José Sérvulo. *Noções de direito administrativo*. Lisboa, 1982, p. 254 e 255; OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Direito administrativo*. v. I, Almedina, Lisboa, 1980, p.331; CLARO, João Martins. *Introdução ao estudo do princípio da igualdade em direito constitucional*, dissertação no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Políticas, policopiado, Faculdade de Direito de Lisboa, 1983, pp. 106 e 107; MACHADO, João Baptista. *Administração, estado e sociedade* – exercício de reflexão – Caderno II, Policopiado, U.C.P. Porto, 1980. p.124 e MACHETE, Rui. *O processo administrativo gracioso perante a constituição portuguesa de 1976*. in Estudos de Direito Público e Ciência Política. Fundação Oliveira Martin, Centro de Estudos Administrativos. 1991. p.379. (Autores citados em MELO RIBEIRO, M. T., Ibidem, p. 154 e 155).

⁷⁷⁵ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

Desta maneira, para que se possa falar em processo “*justo e equo*” como dizem os italianos, não basta que o princípio da (im)parcialidade seja conduzido apenas como conteúdo de critérios negativos ou proibitivos. Para se alcançar tal desiderato, é imprescindível que o juiz também considere na decisão as diferenças das circunstâncias sociais, econômicas, culturais etc. que são imanentes da relação jurídica processual. Somente se estiver consciencioso da totalidade dessas circunstâncias introduzidas na relação, é que o juiz estará em condições de ser eticamente (im)parcial.

Um dos fortes argumentos em favor da tese positivista, decorre do *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais*, em razão da qual, “(...) à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.⁷⁷⁶

Assim, somente a noção amplificada do princípio da (im)parcialidade permite que seja retirado do texto constitucional toda a sua virtualidade, dando maior eficácia literal e substancialmente possível.⁷⁷⁷

Em resumo:

(...) o princípio da imparcialidade traduz-se na prossecução objectiva, exclusiva e transparente do interesse público definido por lei, através da ponderação de todos os interesses públicos e privados juridicamente relevantes na situação a conformar.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ Idem. Ibidem. p. 161.

⁷⁷⁷ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁷⁷⁸ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

4.3.1. Parcialidade negativa.

Postular-se neste trabalho a *parcialidade* do juiz, não pode significar, evidentemente, a sustentação de um pensamento leviano de que essa *parcialidade ou não neutralidade* poderia ter algum significado violador das hipóteses legais (por sinal, bem objetivas e esclarecedoras) em que o juiz deverá se declarar suspeito ou impedido, seja no processo penal (artigos 252 e 254 do C.P.P.), seja no processo civil (artigos 134 e 135 do C.P.C.), por motivo de *parcialidade negativa*.

Quanto às hipóteses concretas inseridas nos textos normativos em que se aponta a *parcialidade negativa* do juiz, nenhum reparo há que se fazer, uma vez que elas representam a possibilidade de um julgamento *équico e justo*, segundo o princípio do devido processo legal constitucional.⁷⁷⁹

A atuação do juiz em qualquer relação jurídica processual, motivada pelas hipóteses dos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal ou 134 e 135 do Código de Processo Civil, caracteriza a nulidade absoluta da decisão, ensejando, inclusive, a responsabilidade pessoal do magistrado por eventuais danos que possa vir a causar às partes.

⁷⁷⁹ “È fondamentale il ruolo che, a salvaguardia oggettiva dell'imparzialità del giudice, assumono taluni istituti, recepiti (sia pur con modalità non sempre omogenee) dalla generalità delle tradizioni giuridiche, ed operanti all'interno della dinamica processuale; quegli istituti, cioè, che consentono di estromettere dal processo il giudice di cui possa ragionevolmente sospettarsi un interesse (anche non materiale) a decidere la *res iudicanda* a favore od in danno di una delle parti.

Da questo punto di vista, pressoché in ogni ordinamento, è prevista la possibilità di una *ricusazione* del giudice (qui inteso come persona fisica).

Si deve però distinguere tra: ordinamenti, in cui la ricusazione (come dichiarazione di parte) ha di per sé l'effetto automatico di provocare l'estromissione del giudice 'sospetto' (salva la fissazione legislativa di limiti al reiterato esperimento dell' mezzo); ed ordinamenti in cui la dichiarazione di parte apre soltanto la via ad un' procedimento incidentale di ricusazione' (ossia ad una sorta di parentesi nell' *iter* del processo principale), da definirsi ad opera di un soggetto diverso, sulla base di una valutazione dei 'motivi' addotti dal ricusante, allà stregua di parametri fissati dal legislatore. (CHIAVARIO, M., Op. Cit., 1984, p. 51).

A nulidade absoluta nessas hipóteses é reconhecida pela Corte Europeia de Direitos do Homem.⁷⁸⁰

A conduta tendenciosa do julgador em prol de umas das partes, motivada por interesse pessoal, por amizade, por proximidade indevida, por gratidão ou ódio, por qualquer fator de âmbito subjetivo que possa ser evidenciado, configura aquilo que se pode denominar de *parcialidade negativa*, devendo ser combatida.

Outra coisa completamente diversa é o que se sustenta neste trabalho, e que se denomina de *parcialidade positiva*.

⁷⁸⁰ “E visto che siamo in tema di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ritengo utile segnalare due recentissime decisioni della medesima in materia di incompatibilità del giudice.

Con la prima, accanto ad altre doglianze, il ricorrente faceva valere la circostanza secondo cui uno dei giudice del collegio di primo grado aveva precedentemente partecipato a due interrogatori svoltisi durante l'istruzione preliminare, verificandosi pertanto una ipotesi di incompatibilità secondo l'ordinamento austriaco, con conseguente nullità della successiva sentenza di condanna; tuttavia, tale invalidità non veniva dichiarata dal giudice dell'impugnazione perché l'interessato non aveva sollevato la questione relativa all'addeffetta incompatibilità nei termini codicisticamente previsti ed anzi era dubbio se avesse addirittura rinunciato a eccepirla.

L'importanza della pronuncia non riguarda, in questa occasione, la soluzione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo al caso sottoposto, ma l'argomentazione seguita. Infatti, la Corte ha espresamente dichiarato di accettare l'integrazione del diritto austriaco sostenuta dai giudice nazionali e tuttavia ha specificato di dover decidere sulla sussistenza della violazione del principio di imparcialità del giudice (art. 6 comma 1 Conv. Eur. Dir. Uomo), 'idipendentemente dalla questione di sapere se una rinuncia foie stata operato o no'. Ne deriva che 'la sostanziale irrilevanza attribuita dalla Corte alla questione riguardante la validità della rinuncia alla ricusazione testimonia palesemente come la garanzia dell'imparzialità del giudice (...) no sia nella disponibilità delle parti interessate'.

Sono allora evidenti i rischi per il nostro Paese di condanne per violazione dell'art. 6 comma 1 Conv. Eur. Dir. Uomo, qualora non si intenda abbandonare l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui 'le cause di incompatibilità del giudice non configurano alcuna nullità e, in caso di mancata astensione, possono essere fatte valere solo e soltanto su iniziativa dell'interessato o del suo difensore'. (UMBERTIS, G., Op. Cit., p. 190 e 191).

4.3.2 Parcialidade positiva

A “parcialidade positiva” do juiz tem por finalidade a efetivação material dos princípios fundamentais⁷⁸¹ previstos na constituição federal, os quais direcionam a aplicação da “parcialidade positiva” segundo os valores e os fins consignados no texto constitucional, prescrevendo, ainda, que o magistrado leve em consideração em sua atividade jurisdicional os aspectos sociais, econômicos e culturais das partes envolvidas no processo.

A Constituição Federal como norma fundamental e diretriz de um dado ordenamento jurídico tem por objetivo assegurar, mediante a observação de um conjunto básico de valores, a unidade material do sistema, pois os princípios constitucionais são espelhos dessa unidade, ao mesmo que tempo que lhe dão sentido e presidem à interpretação e aplicação das normas que compõem o ordenamento.⁷⁸²

Para Agustin A. Gordillo, uma vez que os princípios constitucionais incorporam as noções básicas da ordem jurídico-política, pode-se considerar que eles são mais que simples normas jurídicas; na verdade, são verdadeiras “idéias forças”, representadas pela síntese axiológicas de um determinado complexo normativo.⁷⁸³

A feição positiva do princípio da imparcialidade é resultado dessa síntese axiológica de um determinado complexo normativo “principiológico” previsto na Constituição Federal, em outras palavras, o princípio da imparcialidade não é um fim em si mesmo, mas é estruturado apoiando-se mutuamente nos outros princípios

⁷⁸¹ “Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. (CANOTILHO, J. J. G., Op. Cit., 2003, p. 1.165).

⁷⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNANDEZ, T. R., Op. Cit., p. 144 e 145.

⁷⁸³ GORDILLO, Augustin A. *Teoría geral del derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudio de Administracion, 1984. p.161.

consagrados pelo texto constitucionais, entre eles, aqueles que estabelecem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil como sendo a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária, e a erradicação da pobreza, marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais*.⁷⁸⁴

Os princípios jurídicos fundamentais, na verdade, apresentam uma dupla função: negativa, pois proíbem determinado comportamento e, outra, positiva, porque informam materialmente os atos dos poderes públicos. Em relação à imparcialidade, o componente negativo está caracterizado pela proibição de que os juízes atuem no processo de forma a se inclinar em favor de determinada parte por interesse pessoal ou outro qualquer fator discriminatório. Por sua vez, a função positiva informa materialmente o agir do magistrado, para que ele leve em consideração no desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual os aspectos instrumentais necessários para a construção de uma sociedade mais *justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, econômicas, culturais etc.*⁷⁸⁵

Evidentemente que quando a Constituição Federal preconiza princípios constitucionais impositivos, impõe a observação de suas diretrizes a todos os “poderes estatais”, inclusive ao Poder Judiciário que não é algo à parte dessa estruturação política.

Se é dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que *a realização desses fins e a execução dessas tarefas* também hão de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil ou penal.

⁷⁸⁴ “Em outras palavras, nesse nível de abstração os princípios apóiam-se mutuamente, em lugar de juntarem-se uns aos outros”. (DWORKIN, R., Op. Cit., p. 66).

⁷⁸⁵ Evidentemente que esse erradicar a pobreza da relação jurídica processual deve ser interpretado como sendo uma perspectiva em que o magistrado reconheça as diferenças culturais, sociais e econômicas, e aja, instrumentalmente, segundo essas diferenças empíricas.

Portanto, não se pode deixar de reconhecer ao princípio da imparcialidade natureza preceptiva e força jurídica vinculante.⁷⁸⁶ O princípio da imparcialidade “ (...) é, em suma, uma norma jurídica de aplicação directa e imediata, pelo que devem ser consideradas inconstitucionais as normas que o infringam e inconstitucionais, ou ilegais, os comportamentos que o violem”.⁷⁸⁷

O princípio da imparcialidade no seu âmbito positivo vincula à função jurisdicional, prescrevendo, na sua essência, uma norma de ação que diz respeito ao modo de exercício de toda atividade jurisdicional.

O Estado-Juiz, portanto, deve atuar de modo tal que todos os sujeitos processuais tenham iguais perspectivas de levar adiante suas pretensões. Nesta alternativa, o Estado-Juiz:

(...) debe tratar *desigualmente* a sus ciudadanos, de modo que – después de la actuación del estado- todos ellos tengan *iguales* probabilidades de llevar a cabo su plan de vida. Puesto que el estado actúa en este caso me parece adecuado rebautizar a esta alternativa denominándola *neutralidad positiva*.⁷⁸⁸

Uma vez constatado que o juiz por conjecturas estruturais empíricas (biológicas, psicológicas, sociais, política etc.) não pode ser imparcial, e sendo a *parcialidade negativa*, com razão, uma postura rigorosamente combatida pela ciência e pela ética jurídica, deve-se buscar nessa nova leitura da (im)parcialidade um sentido em que se reconheça a parcialidade do julgador segundo critérios legítimos e racionais.

Aliás, essas próprias conjecturas estruturais impedem que os homens sejam iguais entre si. Para Max Weber, os homens são desigualmente

⁷⁸⁶ Para VIEIRA ANDRADE, o princípio da imparcialidade “(...) integra um preceito jurídico e não uma mera disposição programática.” (ANDRADE, José Vieira de. A imparcialidade da administração como princípio constitucional, in *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra:Universidade de Coimbra, V. L, 1974, p.220).

⁷⁸⁷ MELO RIBEIRO, M. T., Op. Cit., p. 95 e 96.

⁷⁸⁸ FARRELL, Martin D. *Algunas maneras de entender a la neutralidad*. DOXA 15-16 (1994). In: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/voll/doxa15_09.pdf. 03 de agosto de 2005. p.183.

dotados do ponto de vista físico, intelectual e moral. Na verdade, há uma verdadeira loteria genética no ponto de partida da existência humana: “(...)os genes que recebemos dependem, no sentido exato do termo, de um cálculo de probabilidades”.⁷⁸⁹

Segundo Enrique Dussel:

Ninguém surge do acaso ou aparece por geração espontânea. Todo homem, mesmo o mais simples camponês ou o mais humilde trabalhador urbano, tem história. É fruto de uma herança genética, de um contexto sócio-político-econômico-cultural e de uma opção pessoal assumida e trabalhada há anos. O resultado de tudo isto é o homem na sua concretude.⁷⁹⁰

Assim, constatada a impossibilidade de plena (im)parcialidade do juiz, parte-se, desta maneira, para uma direção em que, havendo vítimas do sistema dominante no âmbito da relação jurídica processual, o juiz deverá atuar de forma que ele possa reconhecer a diferença sócio-econômica e cultural dos sujeitos da relação jurídica processual penal e, em razão dessa diferença objetivamente e racionalmente constatável, permita-se conduzir por essa diferença de maneira que possa efetivamente garantir a aplicação do *devido processo legal constitucional*, o *contraditório*, o *direito constitucional de ação* e a *ampla defesa*, enfim, observar um *processo com todas as garantias*.

É evidente que para a concretização de uma nova leitura do princípio da (im)parcialidade nos moldes da *parcialidade positiva*, deve-se romper com os paradigmas estruturais do discurso jurídico até então formulados, no sentido de que o direito seria uma ciência autônoma e neutra.

O direito constitucional de ação e de defesa assume importante papel no sistema, principalmente de garantia de acesso à ordem jurídica justa. Contudo, garantia substancial não só em relação ao mecanismo constitucional

⁷⁸⁹ PENNA, Antonio Gomes. *Uma nova ética para o juiz*. Coordenação de José Renato Nalini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.30 e 31.

⁷⁹⁰ ZIMMERMANN, Roque. *América latina o não ser*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p.27.

assegurado, “(...) mas também à eliminação dos óbices econômicos, culturais, sociais e técnicos à efetividade do resultado dessa atividade estatal”.⁷⁹¹

Somente com essa característica de direito como acesso à ordem jurídica *equo e justa*, prevista no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, o Poder Judiciário não será mais “uma daquelas figuras de retórica, meramente formais e vazias de conteúdo”.

Não é suficiente que se construa um processo segundo ditames normativos previstos na lei (âmbito formal), sem que se pense numa ética de conteúdo ou material a ser alcançada na relação jurídica processual, sem que se perceba as diferenças empíricas entre os sujeitos da relação jurídica processual penal.

Piero Pajardi ressaltou: “(...) quanto di humanità e di socialità ed ancora quanto di valori etici e di fattori esistenziali stia dietro l' apparente freddezza tecnica di una norma processuale”.⁷⁹²

Segundo Fábio Konder Comparato, por muito tempo a justiça foi concebida *more geométrico*, como ente exclusivo da razão, sem qualquer vínculo com a sensibilidade valorativa. Aliás, sua representação simbólica insere-se numa personagem cega, neutra, implacável e impassível. Contudo, “(...) a verdadeira justiça, muito ao contrário, é sempre *parcialíssima*. Ela não se coaduna com eqüidistâncias formais nem se contenta com equilíbrio de circunstâncias”.⁷⁹³

No começo do Século XX, Leon Petrasizky, inspirador do pensamento de Goffredo da Silva Teles Júnior, afirmou que os valores sociais não são assimilados apenas pela razão, muito menos são frutos de uma mera

⁷⁹¹ BEDAQUE, José Roberto. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: Malheiros, s.d. p.71.

⁷⁹² PAJARDI, Piero. *I provvedimenti d'urgenza atipici nel processo civile*. Milano: Pirola Editore, 1988. p.283.

⁷⁹³ COMPARATO, Fábio Conder. Papel do jurista num mundo em crise de valores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, (277-283), p. 283, março, 1985.

observação empírica, “(...) mas se relevam (sic) graças a uma intuição emocional (...). Chegou mesmo a falar em ‘emoção normativa’ como fonte criadora do direito (...)”.⁷⁹⁴

A nova visão humanitária do processo foi assim retratada por Augusto Morello, ao estabelecer a diversificação da atividade jurisdicional:

“1º) De lo general y uniforme a imprescindibles, más que necesarias, diversificaciones:

(...)de la constante atención del hombre que está envuelto en el conflicto que dio origen a la controversia, acerca de que esos, *sus problemas reales*, son los referentes del derecho y, *también*, del proceso;

2º El juez sabe escuchar y comprender la reclamación razonable de la petición de justicia, que es un valor a alcanzar y se hace primero en la conciencia, intuitivamente, como un sentimiento al que luego se lo cubre con la motivación lógica para acordarle su sentido jurídico: los fundamentos de la sentencia;

3º En la práctica siempre hay obstáculo para el acceso; algunos mayores, otros de menos envergadura, pero siempre los hay;

4º El proceso es una institución social: los intereses que en él se hallan en juego lo trascienden

5º Ninguna cuestión litigiosa en y durante el proceso se arroja en compartimentos estancos; están intercomunicadas en una sucesión no sólo coordinada sino interdependiente cuya aplicación global demanda recorrer y computar el conjunto de sus fases o tramos; el resultado es la derivación de esta totalidad;

6º Humanizar el proceso es personalizarlo; en fin, socializarlo con los aires más generosos de la solidaridad (...).⁷⁹⁵

Numa ética filosófica material procura-se afirmar que o ser humano e sua produção, reprodução e desenvolvimento são referência para o direito, razão pela qual as questões processuais não estão enclausuradas na relação jurídica processual, mas são interdependentes, expandem-se e são vividas pela sociedade. O processo é um instrumento de caráter social: “ (...) que le interesa al *Estado*. La faena de estos años se centra, inyectándole una fuerte dosis de solidaridad, en una

⁷⁹⁴ Apud COMPARATO, F. C., Ibidem. Loc. Cit.

⁷⁹⁵ MORELLO, A, Op. Cit., 1994, p.16 e 17.

cruzada que derribe los obstáculos al acceso a la Jurisdicción, el mayor de los cuales es la pobreza”.⁷⁹⁶

Essa postulação humanitária de uma nova leitura do princípio da (im)parcialidade reclama o efetivo reconhecimento das diferenças existentes entre as pessoas, para que se possa vislumbrar uma decisão final *equo e justa*.

Com muita propriedade preconizou João Gualberto Garcez Ramos:

[...], o processo penal há de se tornar, cada vez mais, um instrumento eficaz à obtenção de uma sentença justa (...).

Presentemente, a criminalidade patrimonial violenta, ou antes, a imagem um tanto distorcida que os meios de comunicação social dela fazem, induz a sociedade a exigir cada vez mais ordenamento jurídico-penal, isto é, leis penais mais abrangentes e severas. Não há dúvida de que a exigência social, no momento é essa.

Motivos para tal exigência diuturna não há de faltar. De fato, o Estado é ausente na solução de prementes questões sociais e, quando presente através do ordenamento jurídico-penal, tem atuação seletiva das faixas menos favorecidas e é vergonhosamente ineficiente quanto às classes dominantes.

Um estudo sério do procedimento do processo penal, no sentido de construir procedimentos mais eficazes - adequados ao caso, céleres e potencialmente críticos -, faria com que fosse canalizada para uma via democrática a preocupação social com o crime. Tornaria mais viável a aceitação social do discurso – já comprovado cientificamente de maneira exaustiva – de um ordenamento jurídico-penal mínimo, viabilizado por um processo penal democrático e eficaz.⁷⁹⁷

E para que se possa viabilizar um processo penal democrático e eficaz, há necessidade de se reconhecer as diferenças existentes na relação jurídica processual penal, mediante a aplicação da *parcialidade positiva do juiz*, fundamentada no campo da Ética e da Filosofia da Libertação de Enrique Dussel e de Emmanuel Lévinas.

⁷⁹⁶ Idem. Ibidem. p. 23.

⁷⁹⁷ RAMOS, J. G. G., Op. Cit., 1996, p.432.

Concluindo-se, e seguindo-se o critério apresentado por Maria Teresa de Melo Ribeiro⁷⁹⁸, pode-se resumir a aplicação principiológica da imparcialidade nos seguintes termos

- a) a tendência para reservar ao princípio da imparcialidade um entendimento amplo e abrangente, do qual resulta a atribuição ao princípio da imparcialidade de um conteúdo simultaneamente negativo e positivo;
- b) a tendência para identificar a vertente positiva com a obrigação de o Poder Judiciário ponderar todos os interesses legalmente relevantes no caso concreto, sejam eles públicos ou privados;
- c) a tendência para considerar o princípio da imparcialidade um princípio jurídico vinculativo de toda atividade jurisdicional;
- d) a tendência para ligar o princípio da imparcialidade à realização de um ideal de justiça;
- e) a tendência para estender os efeitos jurídicos do princípio da imparcialidade, e do dever funcional que daí decorre, à organização do Poder Judiciário;
- f) a tendência para relacionar com o princípio da imparcialidade jurisdicional numerosas realidades jurídicas, tais como o procedimento do processo jurisdicional, a participação dos interessados, a publicação dos atos, o recrutamento por concurso público, o dever de abstenção, os impedimentos, as suspeições etc.

⁷⁹⁸ MELO RIBEIRO, M. T. Op. Cit., p. 108 e 109.

4.4 O Fundamento Ético do Processo Penal

A nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz, segundo uma perspectiva “positiva”, é proveniente de um fundamento ético material postulado para o desenvolvimento da relação jurídica processual penal.

A ética, portanto, é o pressuposto fundante da “parcialidade positiva” do órgão jurisdicional.

Ética é a ciência normativa de conduta humana.

Segundo Miguel Reale, deve-se partir da verificação de que a “conduta” é própria do ente humano, uma vez que os demais animais apenas movem-se. Só o ser humano se conduz, ou seja, só ele apresenta consciência do seu agir, a tal ponto de mudar a decisão tomada, escolher outro caminho, ou deixar de escolher.⁷⁹⁹

A ética, como ciência normativa, não se satisfaz com a mera descrição comportamental do ser humano. Usualmente, significa uma aspiração de que o comportamento humano siga determinadas diretrizes consideradas necessárias ao seu aperfeiçoamento.

Portanto, é na ética como ciência normativa que se irá estabelecer uma nova leitura para (im)parcialidade do juiz, isto é, aspira-se que seu comportamento leve em consideração as diferenças sociais, econômicas, culturais daqueles que participam da relação jurídica processual penal.

Parte-se, portanto, para a filosofia da libertação. Segundo essa perspectiva filosófica:

⁷⁹⁹ REALE, M., Op. Cit., p.131.

(...) o ser é o *Outro*, o simplesmente Outro, o absolutamente Outro em contraposição com o eu egoístico da subjetividade moderna européia. Assim a América Latina é o Outro em relação ao centro (Europa – Estados Unidos – Rússia) assim como o é todo o Terceiro Mundo em relação ao Primeiro. A América Latina é tomada como um ser na sua globalidade, mas como um *ser negado*, historicamente negado; atualmente negado.⁸⁰⁰

4.5 Algumas Éticas Materiais

Antes de se ingressar especificamente no chamado princípio material universal da ética no processo penal ou civil, segundo os fundamentos da ética da libertação e da alteridade do “Outro”, deve-se tecer algumas considerações sobre determinadas éticas materiais.

Evidentemente que não se pode preconizar um princípio universal material de conteúdo ético para o processo, sem que se transite pela teoria da *eudaimonia* grega, que é considerada uma típica ética ontológica material.⁸⁰¹

Contudo, a teoria da *eudaimonia* ou o “bem humano” (que é a atualidade alcançada segundo o modo habitual de viver autenticamente no mundo), formulada por Aristóteles, não pode superar a sua condição histórica, e, sobretudo, a falta de uma consciência crítica quanto ao seu helenocentrismo, uma vez que Aristóteles, a partir de um *ethos* escravagista, analisa em última análise a *eudaimonia* como contemplação divina no “ócio”.⁸⁰²

⁸⁰⁰ ZIMMERMANN, R., Op. Cit., p.44.

⁸⁰¹ “Filosóficamente se entiende por ‘eudemonismo’ toda tendencia ética según la cual la felicidad (véase) es el sumo bien.

La felicidad puede entenderse de muchas maneras: puede consistir en ‘bienestar’, en ‘placer’, en ‘actividad contemplativa’, etc etc.(...) Es costumbre desde Kant llamar a este tipo de ética ‘ética material’, a diferencia de la ‘ética formal’, elaborada y defendida por Kant”. (MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofía*. Tomo I (A-K). Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1969. p.600).

⁸⁰² DUSSEL, E., Op. Cit., 2002., p. 125.

Esta suprema “vida boa” somente poderia ser vivida nas cidades gregas pelos homens livres, excluindo-se os bárbaros, asiáticos ou os escravos, os quais não eram considerados humanos. Portanto, a ética Aristotélica vinculada à “vida boa” seria uma ética restritiva e particularista, estritamente regional.⁸⁰³

Enrique Dussel também tece considerações sobre a ética de Tomás de Aquino, que é uma ética de caráter comunitário, onde “(...) o ser humano alcança sua plena realização (*beatitudo*) no bem comum”. Contudo, a ética dos filósofos medievais vinculadas a *beatitudo* (a *eudaimonia aristotélica*) consistia objetivamente em bens, ou seja, em última análise no próprio Deus como pessoa, como aquilo de que se participa no Reino de Deus. Isto é específico das éticas materiais, ingênuas, não críticas, regionalistas.⁸⁰⁴

Na modernidade, Hegel propõe um conceito de *ethos* cultural-histórico universal ao qual todas as éticas materiais atuais não podem deixar de se referir. Ao contrário dos filósofos pré-modernos, Hegel tem clara consciência da história mundial, “(...) mas a interpreta eurocentricamente (a pretensa universalidade não é mais que a imposição dominadora da particularidade européia); trata-se de uma péssima solução do universalismo material em ética”.⁸⁰⁵

Karl Marx e Friedrich Engels, ao assumirem a dialética num sentido materialista, mantiveram a convicção hegeliana da existência de estruturas e tendências supra-individuais e dinâmicas na evolução histórica, descartando, contudo, qualquer convicção de fé num poder espiritual independente, que atuaria na história. Na opinião deles, a história não tem fundamento, e nada é expresso nela que possa ser interpretado como sentido contínuo, como poder homogêneo. A confiança nesse sentido ideal absoluto é apenas um acessório de falsa filosofia idealista. Na verdade:

(...) o pensamento e, por conseguinte, também os conceitos e as idéias são atributos funcionais do homem e não uma força

⁸⁰³ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸⁰⁴ Idem. Ibidem. p. 125 e 126.

⁸⁰⁵ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

independente. Na história não há uma idéia contínua, voltada para si mesma, pois não existe um espírito independente do homem. Os homens com sua consciência são transitórios, apesar de todo o seu saber, sua memória, sua tradição e espontaneidade, sua cultura e seu espírito; nada existe que não nasça e morra.⁸⁰⁶

Seja como for, conforme assevera Enrique Dussel, “(...)é a Hegel que se deve a tentativa de recuperar a história das eticidades como o lugar onde se vive de fato a vida prática”.⁸⁰⁷

Mas, para que se possa propugnar por uma ética material universal, mais radical, deve-se ultrapassar as denominadas éticas materiais regionais, que se baseiam numa totalidade dominadora eurocêntrica, sem reconhecer a exterioridade das vítimas desse sistema totalizador.

Transportando-se essa crítica filosófica para processo, recomenda-se uma conduta ética do juiz na relação jurídica processual de maneira tal que ele venha a reconhecer as vítimas de um sistema totalizador, e que, a partir destas vítimas, possa promover uma racionalidade prática que configure um resultado *justo e equo* de sua atividade jurisdicional.⁸⁰⁸

Evidentemente que essa premissa não é no sentido de que seja a única e a verdadeira. A pretensão é no sentido de estar mais bem fundamentada que as outras.⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ HORKHEIMER, M., Op. Cit., p.17.

⁸⁰⁷ “Hegel se mantém muito ligado ao concreto; e o concreto, para ele, é a vida dos povos, o espírito do Judaísmo e do Cristianismo”. (HYPPOLITE Jean. *Introdução à filosofia de Hegel*. Lisboa: Edições 70, 1983. p.12).

⁸⁰⁸ O conteúdo material também faz parte do pensamento de Pietro Barcellona, nos seguintes termos: “Bastaría con que el jurista se limitase a salir del círculo mágico de sus fórmulas abstractas, del cerrado horizonte de las normas, y afrontase directamente el problema de los contenidos materiales de la justicia. Pero actuando de esta forma, está claro, debería renunciar a la aparente esterilidad axiológica de sus construcciones, a la indiferencia ante los valores, a la neutralidad frente a los conflictos. Debería sumergirse en la política, en la ética, en la práctica. (BARCELLONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. *La formación del jurista – capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1993. p.44).

⁸⁰⁹ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p.28.

4.6 Para uma Ética da Libertação – um Critério e um Princípio Ético Positivos

Enrique Dussel pretendeu derivar da constatação antropológica de que o ser humano é o único ser vivente responsável pela sua própria vida “(...) la obligación universal de producir, reproducir y desarrollar la vida humana concreta de cada sujeto ético em comunidad”.⁸¹⁰ Este princípio caracteriza-se por ser um princípio *a priori* universal e também fundamental, ainda que não suficiente, para a construção de uma ética da libertação, isto é, “(...) de una ética que intenta justificar filosoficamente las luchas de los oprimidos”.⁸¹¹

Em sua ética da libertação, que é uma ética da vida e que tem a vida humana como conteúdo específico da ética, Enrique Dussel, na primeira parte de sua construção filosófica, apresenta os fundamentos para uma perspectiva material (momento material da ética), prescrevendo uma positividade na análise do critério a ser formulado.⁸¹²

Trata-se do critério que tem por objeto produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade. Segundo Enrique Dussel, este critério serve de fundamentação a um princípio que, por sua vez, terá pretensão de universalidade, realizando-se através das culturas e dos valores a serem perseguidos.⁸¹³

Portanto, “(...) toda norma, ação, microestrutura, instituição ou eticidade cultural têm sempre e necessariamente como conteúdo último algum

⁸¹⁰ COROMINAS, J., Op. Cit., p. 74.

⁸¹¹ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸¹² “(...) O ser humano acede à realidade que enfrenta dia a dia a partir do âmbito de sua própria vida. A vida humana não é um fim nem um mero horizonte mundano-ontológico. A vida humana é o *modo de realidade do sujeito ético* (que não é o de uma pedra, de um animal irracional ou da ‘alma’ angélica de Descartes), que dá o conteúdo a todas as suas ações, que determina a ordem racional e também o nível das necessidades, pulsões e desejos, que constitui o marco dentro do qual se fixam fins. Os ‘fins’ (relativamente à razão instrumental formal weberiana) são ‘colocados’ a partir das exigências da vida humana”. (DUSSEL, E., Op. Cit., 2002, p. 131).

⁸¹³ Idem. Ibidem. p. 93.

momento da produção, reprodução e desenvolvimento da *vida humana* em concreto”.⁸¹⁴

A Ética da concreção é a ética moderna, isto é:

A ética do nosso tempo é uma Ética existencial, que põe acima de tudo a pessoa humana, não como abstração, à maneira de Boécio, mas como uma concreção vital, como valor fonte dos demais valores.⁸¹⁵

É com base no critério material (vida humana concreta) que se devem subsumir os outros aspectos materiais (como os valores, a lógica das pulsões etc). Esse critério material igualmente permite fundamentar ou desenvolver um princípio ético universal, supracultural.⁸¹⁶

Além do mais, esse critério de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana não é algo a ser imputado à consciência humana, a um certo “consciencialismo” moderno que faz perder o sentido da corporalidade orgânica da existência ética.⁸¹⁷ O critério tem respaldo nos estudos empírico da biologia cerebral que nos permite recuperar a dimensão da corporalidade.

⁸¹⁴ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸¹⁵ REALE, M., Op. Cit., p. 146.

⁸¹⁶ “De fato, não há ‘um horizonte último comum’ *cultural*, mas há um princípio material universal interno a cada uma e a todas as culturas, e isto Taylor não vê. Não é um ‘horizonte’; é um modo de realidade: a própria vida humana”. (DUSSEL, E., Op. Cit., 2002, p. 122).

⁸¹⁷ Idem. Ibidem. p. 95.

Enrique Dussel ampara-se, entre outros, nas concepções introduzidas na biologia por Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela para estruturar o seu critério ético fundamental, pois o cérebro “(...) é o órgão diretamente responsável pelo “continuar vivendo”, como reprodução e desenvolvimento da vida humana do organismo, da corporalidade comunitária e histórica do sujeito”.⁸¹⁸

Aplica-se igualmente esse critério ético de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana nas mais variadas ciências sociais, inclusive na política, na economia, no direito e especialmente no direito processual penal.

Todo esse dever ético encontra-se no sistema límbico, a base do cérebro, e na área do córtex que cumpre funções cerebrais, reguladoras da sobrevivência, da reprodução e do desenvolvimento da vida do ser humano. Mediante um critério avaliativo hierarquizado, esse sistema indica o que “deve-ser” feito para a reprodução e desenvolvimento do sujeito ético. Trata-se de um estrito “dever-ser” normativo “ético”. Portanto, o sistema límbico do cérebro aplica prescrições universais éticas: autoconscientes, lingüísticas, livres, responsáveis, culturais, históricas, que constituem intrinsecamente o processo de categorização conceitual e a possibilidade de formação e ordenação valorada (ordenada por compatibilidade das mediações a partir do critério de sobrevivência, da reprodução e desenvolvimento da vida humana).⁸¹⁹

⁸¹⁸ “Em outras palavras, o processo de categorização exige, para constituir seu objeto (chamamos aqui ‘objeto’ a síntese que o cérebro constrói e que não é nem uma representação nem uma imagem, como pensava a tradição), uma ‘passagem’ pelo sistema ‘avaliativo-afetivo’ (constituído essencialmente pelo sistema límbico e a base do cérebro como já dissemos; sendo alguns de seus órgãos o hipotálamo, a amígdala, o hipocampo e o tálamo, que dá ‘luz verde’ (ou ‘luz vermelha’) ao conseqüente processo categorizador. Qual é a causa de se ter que fazer esse ‘rodeio’ pelo sistema afetivo-avaliativo? Trata-se nada menos que de ‘determinar’, ‘constatar’, ‘julgar’ a maneira ou o como o categorizado ‘permite’ ou ‘se opõe’ à consecução e crescimento da vida do organismo, da corporalidade como totalidade e da qual o próprio cérebro é apenas uma parte funcional. O cérebro humano possui este critério como ‘critério de verdade’ fundamental. Quando um inseto ou um mamífero percebe por estímulo outro animal, por exemplo, deve ‘captá-lo avaliando-o’ como ‘perigoso’ ou como ‘mediação’ para a sobrevivência do organismo em questão (deve captar a diferença entre um ‘inimigo’ ou um ‘alimento’, por exemplo. Se não tivesse esta capacidade avaliativa morreria o indivíduo, e se todos a tivessem perdido desapareceriam como espécie. É questão de vida ou morte. Positivamente ‘valioso’ (a norma ou máxima que é julgada - por um juízo de fato -) é o que permite a reprodução da vida.” (Idem. Ibidem., p. 98).

⁸¹⁹ Idem. Ibidem. p. 107.

Na verdade:

(...)a realidade da vida humana do sujeito ético-cerebral tem, em seus sistemas avaliativo-afetivos neuronais uma permanente vigilância de exigências, obrigações, um “dever-ser” que incorpora internamente os motivos, e que se integra constitutivamente em todas as atividades dos níveis práticos e teóricos de toda conduta possível.⁸²⁰

Se o atuar da espécie humana está formatado neurocerebralmente na preservação e desenvolvimento da vida humana, tal perspectiva não é diferente nas relações sociais, como é o caso do direito e, principalmente, no desenvolvimento da relação jurídica processual, razão pela qual a atuação do juiz deverá ser guiada por esse “critério de verdade” prática. Está-se diante, portanto, de um “critério universal”, sem qualquer móvel egoístico, inscrito de forma instintiva ou culturalmente na própria “afetividade” cerebral.

Do ponto de vista cerebral, o sistema avaliativo/afetivo cerebral responde da seguinte forma: em primeiro lugar responde às necessidades objetiva primeira; em segundo lugar, articula-se com o nível lingüístico-cultural e histórico; em terceiro lugar responde às exigências superiores e culturais universais de uma ética crítica.⁸²¹

E para concluir esse ponto, retorna-se a Humberto R. Maturana, agora para transpor todo o critério material de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana para o campo social, especificamente, para o direito processual penal. Segundo esse neurólogo, o nível último do desenvolvimento pode ser denominado ético, mais precisamente, entre as relações do meio lingüístico entre organismo em comunidade que conseguiram, pela consciência reflexiva, expreso conhecimento de autonomia e liberdade diante do Outro, como *outro* sujeito ético. Assim, a aceitação do outro, na convivência, é o fundamento biológico do fenômeno social. Trata-se, segundo dizem Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela:

⁸²⁰ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸²¹ Idem. Ibidem. p. 104.

(...) do ato de sair do que até esse momento era invisível ou inamovível, o que permite ver que como seres humanos só temos o mundo que criamos com os outros. Esse ato de ampliar nosso domínio cognitivo – implicativo de uma experiência nova – chega-se por meio de um raciocínio que reconhece o outro. Na verdade, o reconhecimento do outro junto a nós corresponde a fundamento biológico do fenômeno social. Qualquer coisa que destrua ou limite a aceitação do outro, desde a competição até a posse da verdade, passando pela certeza ideológica, destrói ou limita o acontecimento do fenômeno social.⁸²²

Esse critério material sobre o qual se funda a ética, produção reprodução e desenvolvimento da vida humana, é universal, não solipsista, mas comunitário. Diz respeito a uma comunidade de vida.

Se a humanidade perdesse essa consciência do Outro, diante de sua miséria, de sua impotência social, econômica e cultural, poderia precipitar-se num suicídio coletivo.

O reconhecimento do Outro, como forma de produção, reprodução de desenvolvimento da vida humana, transforma-se de um *critério de verdade prática* numa exigência ética: *no dever-reconhecer*.⁸²³

O Poder Judiciário, como instrumento dessa Ética existencial, pois é uma *instituição* que também atua mediante princípios éticos, deve pautar sua *ação prática racional*, no momento de realizar sua atividade básica e essencial, segundo o princípio material universal de *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*. Para tanto, deve (princípio ético) reconhecer as *desigualdades sociais, econômicas e culturais*, que possam existir no âmbito da relação jurídica processual. Em outras palavras, deve reconhecer o “outro” vítima potencial de um sistema totalizado.

Essa ética filosófica está expressamente consignada no próprio texto constitucional brasileiro, quando afirma, em seu artigo 1º, que a República

⁸²² MATURANA, H. R.; VARELA, F. J., Op. Cit., p. 270.

⁸²³ DUSSEL, E., Op. Cit., 2002, p. 141.

Federativa do Brasil, da qual faz parte o Judiciário, constitui-se em um Estado Democrático de Direito, e tem como fundamento a *dignidade da pessoa humana*, ou seja, *a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*.

Por sua vez, em seu artigo 3º, a Constituição Federal estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a erradicação da pobreza e a marginalização, conjugando esforços no sentido de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Em outras palavras, *produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana*.

Por tudo isso:

(...) propomos a seguinte descrição inicial do que chamaremos *princípio material universal da ética*, princípio da corporalidade como 'sensibilidade' que contém a ordem pulsional, cultural-valorativa (hermenêutica-simbólica), de toda norma, ato, microfísica estrutural, instituição ou sistema de eticidade, a partir do critério da vida humana em geral: Aquele que atua eticamente *deve* (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito *humano, numa comunidade de vida*, a partir de uma 'vida boa' cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também, com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com *pretensão de verdade prática* e, em além disso, *com pretensão de universalidade*".⁸²⁴

⁸²⁴ Idem. Ibidem. p. 143.

4.7 Para uma Ética da Libertação - Negatividade Crítica como Fundamento da Parcialidade Positiva do Juiz

Uma vez estabelecido o critério/princípio da produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, sob um aspecto material positivo, ressalta-se que não se pode permanecer apenas no campo epistemológico da positividade da construção racional de uma ética da libertação, sem se levar em consideração o “rosto” que surge na ordem social vigente, e que representa as vítimas não intencionais ou mesmo intencionais de um determinado sistema totalizado e porque não dizer globalizado.

A filosofia latino-americana, segundo Enrique Dussel, deverá assumir igualmente este momento importante de sua constituição, isto é, “(...) o rosto sensível do outro homem, que tem fome e sangue, encontra-se para *além* do sistema onde o ser é o pensar (...). O ‘tu’, outro homem, é exterior ao âmbito ser-pensar (...).”⁸²⁵

Portanto, num segundo momento de sua ética da libertação, Enrique Dussel, voltado para a efetiva existência de vítima de um determinado sistema, reporta-se, a partir desta vítima, à verdade que começa a ser descoberta como não verdade, ao válido como não válido, e ao factível como não eficaz. A construção temática passa do âmbito da positividade para a negatividade da existência de vítima.

É o momento da razão ético-crítica que surge no pensamento de Enrique Dussel, procurando desconstruir o “já dado” para dar passagem ao novo. No seu sentir, “(...) esta desconstrução é um processo *negativo, crítico*”.⁸²⁶

⁸²⁵ DUSSEL, E., Op. Cit., 1986. p. 148.

⁸²⁶ DUSSEL, E., Op. Cit., 2002, p. 301.

É evidente que a razão crítica focada na vítima insere-se no âmbito material, formal e da factibilidade da ética da libertação, motivo pelo qual, e em razão da própria natureza deste trabalho, há necessidade de se estabelecer um corte epistemológico para o efeito de se delimitar o enfoque na razão crítica material.

Assim, pretende-se permanecer no campo da razão crítica do âmbito material da ética da libertação, a partir da negatividade das vítimas.

Para isso, buscam-se elementos no pensamento do filósofo judeu Emmanuel Lévinas, nascido em Kovno, Lituânia, que se desponta no seio da Europa, centro do sistema-mundo capitalista, e que representará um marco teórico extremamente importante na construção filosófica da ética da libertação.

A partir de critério material universal (produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana), que corresponde a um juízo de fato, um juízo descritivo, pretende-se estabelecer que todas as culturas particularizadas devem conformar-se pelo aludido critério universal material (produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana).

Não é suficiente, contudo, que se permaneça apenas no campo dos juízos de fato ou descritivo, prescrevendo apenas a descrição da vida humana concreta como critério situado no nível da razão pratica-material. Quer dizer: “A vida humana não só se dá espontaneamente, mas nos é imposta a nós mesmos como uma ‘obrigação’, sua conservação e desenvolvimento”.⁸²⁷ Tal perspectiva denota-se através de uma transposição da necessidade biológica-cultural para uma obrigação ética; do fundamento descritivo ao fundamento deontico. O viver transforma-se assim de um critério de verdade prática numa exigência ética: no dever-viver.

Mas também a formulação do princípio (dever ser) material não é suficiente para a construção efetiva da ética da libertação. Não basta uma perspectiva pautada apenas no âmbito positivo de sua análise.

⁸²⁷ Idem. Ibidem. p. 141.

Permanecendo-se restrito ao aspecto positivo das mediações do critério e do princípio material universal, corre-se o risco de se encontrar inserido numa certa opacidade do que efetivamente oculta, o que disciplina e começa a limitar, oprimir, dominar.

Deve-se, portanto, romper com a totalidade ontológica de um dado sistema de eticidade, onde o Ser coincide com a Realidade, e a Realidade é o Pensável.

A ética propriamente dita é a que a partir das vítimas pode julgar criticamente a “totalidade” de um sistema de eticidade.

É a partir da exterioridade de uma dada totalidade, em que se situam as vítimas, que se estabelece uma consciência crítica do sistema de eticidade dado. As vítimas “(...) são reconhecidas como sujeitos éticos, como seres humanos que não podem reproduzir ou desenvolver sua vida, que foram excluídos da participação na discussão (...)”.⁸²⁸ O sistema de eticidade “o bem” inverte-se no “mal” e causa alguma dor, sofrimento, infelicidade ou a própria morte nas vítimas.

⁸²⁸ “ (...) o sistema de eticidade vigente, que era para a consciência *ingênua* (que pode ser científica, ocupar a função de autoridade política ou econômica, ou ainda ser membro da elite moral do sistema, a “raça sacerdotal” de Nietzsche) a medida do “bem” e do “mal”, converte-se diante da presença de suas vítimas, enquanto sistema, no *perverso* (o “mau”). É toda a questão do “fetichismo” de Marx, a “inversão dos valores” de Nietzsche, a descoberta do “superego” repressor em Freud, a sociedade “excludente” de Foucault, a “dialética negativa” em Adorno e “totalidade” de Lévinas”. (Idem. Ibidem. p. 303).

Trata-se da Alteridade do Outro “como outro” que o sistema. É a alteridade da vítima como oprimida (classe) ou como excluída (pobre). É o descobrimento do “outro” que se encontra encoberto pelo mito da Modernidade. Trata-se de uma ética que demonstra o terror de uma razão fechada na Totalidade, entre outras, a razão da Modernidade.⁸²⁹

Essa construção filosófica onde se localiza o Outro como exterior a um dado sistema de eticidade, como já se afirmou, deve-se muito às contribuições do pensamento do filósofo francês Emmanuel Lévinas, principalmente a partir do diálogo crítico que ele teve com a ontologia existencial de Heidegger, e sua conclusão final de que a ética seria considerada como a filosofia primeira.

A primazia da ontologia heideggeriana repousa na afirmação de que para conhecer o “ente” é preciso ter compreendido o “ser” do ente. A prioridade do “ser” em relação ao “ente” já estabelece uma visão sobre a essência da filosofia.

Para Heidegger, o ser é o ser do ente, o que significa dizer que o ente “é”. O ser do ente é o objeto da ontologia; a ontologia é uma forma de se chegar ao ser do ente. Na verdade, o problema do ser colocado por Heidegger nos leva ao homem, porque o homem é um ente que compreende o ser. Contudo, por outro lado, esta compreensão do ser é ela mesma o ser; ela não é um atributo, mas um modo de existência do homem.⁸³⁰ Com isso, abandona-se a noção tradicional de consciência como ponto de partida, com a decisão de buscar no acontecimento fundamental do ser a base da própria consciência.

⁸²⁹ A perspectiva filosófica formulada neste trabalho vem ao encontro da nova tendência do processo penal moderno, onde se levam em consideração as vítimas.

Segundo Antonio Baristain: “Hasta finales del siglo XX, el centro del proceso lo ocupan, cada día más las víctimas. Por otra parte, ante la policía, los Jueces y los peritos, las víctimas sufrían una segunda victimación que ahora se critica severamente, y, con frecuencia, se procura evitar. En algunos casos se llega más adelante: se va logrando que la meta principal del proceso no sea la pena al condenado sino la reparación a las víctimas”. (BARISTAIN, A., Op. Cit., p. 26).

Evidentemente que neste trabalho não se restringe a análise da vítima apenas na perspectiva do sujeito que sofre um dano em face do delito, mas, em face da totalidade dos sujeitos envolvidos na relação jurídica processual.

⁸³⁰ COSTA, Márcio Luis. *Lévinas – uma introdução*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 54 e 55.

Na concepção de Heidegger e de sua ontologia, o existente humano é uma descrição fenomenológica existencial do ente que tem a forma de ser do *Dasein* (o *Dasein* se restringe ao ser humano).⁸³¹ Sua essência radica na existência, porque não pode fazer senão existir. É o único ser que se pergunta pelo ser (*sein*) e pelo sentido do ser (*sinn des seins*). O *dasein* (existência) aparece no mundo sob muitas formas de ser, mas, sobretudo, de maneira fundamental e originária, *sob a forma de uma inevitável existência da qual não se pode escapar e que só cessa com a morte. Tal ente, enquanto existir, estará condenado e dominado pela existência.*⁸³²

Para se realizar a evasão do ser, a primeira tentação seria opor o nada ao ser, destruindo a existência e o existente do pesadelo ontológico. Contudo Emmanuel Lévinas afirma que isso é impossível, pois mesmo que pudéssemos reduzir todos os entes ao nada, ainda sobraria um resquício de ser ressoando no fundo do nada. Segundo Heidegger, em *Ser e Tempo* e suas investigações ontológicas, mesmo que todos os entes sejam reduzidos ao nada, há o chamado “há” – *il y a*, que é o ser em geral; é esta permanência absoluta que sobrevive a toda ausência de entes, de mundo, de espaço e de tempo. “Quando as formas das coisas são dissolvidas na noite, a escuridão da noite, que não é um objeto nem a qualidade de um objeto, invade como uma presença”.⁸³³

Assim, existir é o confronto nu e cru do ser, de que o *il y a*, “há”. Não há saída para o existente. Só há a trágica fatalidade do ser e do confronto com ele. Mesmo diante de seu desaparecimento a existência é universal. Não há saída para o existente, só há a trágica fatalidade do ser e do confronto com ele. Não há nada, mas há o ser como um campo de força. Neste sentido o “ser” não tem porta de saída.

⁸³¹ “Em *Sein und Zeit* Heidegger visa descrever o ser ou o existir do homem – não a sua natureza. O que se chamou o existencialismo foi, certamente, determinado pelo *Sein und Zeit*. Heidegger não gostava que se desse ao seu livro este significado existencialista; a existência humana interessava-lhe enquanto “lugar” da ontologia fundamental”. (LEVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito*. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1982. p.32.

⁸³² COSTA, M. L., Op. Cit., p. 75.

⁸³³ LÉVINAS, E. *Da existência ao existente*. Trad. Paul Albert Simon. Campinas: Papirus, 1998., p.30.

Desta maneira de pensar, *a existência é uma brutal condenação a um permanente confronto com o inevitável, não há escapatória, não há forma de suspendê-la, não há repouso nem inércia.*⁸³⁴

Mas Emmanuel Lévinas não está convencido de que não haja uma *porta de saída* do ser e de que não haja forma de evadir-se da existência. Evidentemente que tal porta não pode ser o *nada* como negação do ser, pois todo o recurso ao *nada como negação do ser* acaba reafirmando-o.

Se o *nada* não pode funcionar como negação do ser, talvez funcione como *intervalo* no ser. Tal intervalo poderá ser produzido pela consciência em sua capacidade de *sono, de suspensão*.

Para entrar no tema do *nada* como intervalo produzido pela consciência no ser, Emmanuel Lévinas analisa a *insônia* e a presença insistente do ser – *il y a*, “há”. Ele compara a presença do ser – *il y a*, “há” – com o peculiar estado de um sujeito que não consegue dormir de noite, mesmo não havendo razão ou necessidade para ficar acordado. Fica-se velando quando não há mais nada para velar. O fato nu e cru de que estamos sujeitos ao ser, sujeito a ser. Não há intenção, nem atenção dirigida ao objeto, só há o fato de que o sono se nega a atender ao apelo do sujeito.

A metáfora da *insônia* é aplicada como recurso ilustrativo de uma existência inevitável como confronto com o ser. “Existir é estar em estado de permanente vigilância. Este vigiar é anterior a toda iniciativa ou ação de consciência; anterior ao sujeito e ao objeto”.⁸³⁵ A obra de ser do ser é inevitável, contínua e ininterrupta.

⁸³⁴ COSTA, M. L., Op. Cit., p. 78.

⁸³⁵ Idem. Ibidem. p. 79.

A porta de saída do ser, de sua fatalidade e da continuidade de sua obra está na *consciência que dorme* e em seu poder de *evanescência, de sono e de inconsciência*.⁸³⁶

A consciência pode romper com a inevitável presença do ser e de dar à existência um novo sentido para além do sentido ontológico de confronto com o fato nu e cru do ser. A consciência pode esquecer o “há” e suspendê-lo por meio de sua possibilidade de *dormir*. O sono seria uma modalidade do ser pela qual o ser se retira de si mesmo e se liberta de seu próprio domínio sobre si mesmo, de seu próprio existir. Dormir é suspender as atividades mentais e físicas; o sono é a inércia da consciência. Uma consciência dormida não está consciente também de seus *de...*, de seus *objetos*. Evidentemente que não se prega ou se faz apologia ao inconsciente, mas procura-se alertar que a consciência humana não se caracteriza fundamentalmente por um permanecer consciente.

A suspensão da consciência pelo sono possibilitou a Emmanuel Lévinas o desvelamento de uma porta de saída do “ser”, fato esse que muito contribuiu para o desenvolvimento da segunda parte da ética da libertação (perspectiva negativa da racionalidade crítica).

Foi através da metáfora do sono que Enrique Dussel pode preconizar o juízo ético-material “negativo” da razão prática crítica, estabelecendo compartimentos estanques entre o “sistema I - totalidade” e “Sistema II – Exterioridade”.⁸³⁷

Conseqüentemente o existente (*Dasein*) pode suspender sua existência, livrar-se dela e dominá-la. Este procedimento do existente frente à sua existência (*Dasein*) é denominado de “hipóstase”, ou seja, que corresponde

⁸³⁶ LÉVINAS, E. Op. Cit., 1998. p.32.

⁸³⁷ “Quando em 1970 começamos a recorrer a Lévinas em nossa Para uma ética da libertação latino-americana, foi-nos possível a superação do Heidegger de Ser e tempo”.(DUSSEL, E., Op. Cit., 2002, p. 308 e 363).

eticamente a carga de seu ser ao sair de si-mesmo para o Outro-diferente-de-si-mesmo.⁸³⁸

Nesta perspectiva, o *mal* seria compreendido como o existir em sentido ontológico, tornando-se carga de si-mesmo. O *bem*, por sua vez, é sair de si-mesmo para o Outro-diferente-de-si, para o diferente de si-mesmo.

O essencial é que a relação com o Outro encontra a sua origem no primado do *bem*. Segundo Marurizio Schoepflin:

È l'antiorità del Bene che permettere la relazione con l'alterità. È questa, ci sembra, una traduzione filosofica di quanto significato nelle stesse esperienze di gratuita: l'altro lo incontriamo solo se, piuttosto che utilizzarlo come mezzo per il nostro interesse, siamo in relazione con lui per il suo bene. Così ogni esperienza d'amore oblativo non fa che attestare questo legame tra relazione e Bene. È il bene dell'altro che io desidero nella relazione oblativa. Il movente di ogni dono è il bene dell'altro.⁸³⁹

Conclui-se, portanto, que a construção teórica de Emmanuel Lévinas questiona o status da ontologia como filosofia primeira, sendo que, deixando de lado a tradição filosófica e à primazia do conceito de “ser”, defende a anterioridade da ética entendida como “responsabilidade pelo outro”. É um pensamento crítico desvinculado do “ser”, e que ressalta a constituição da subjetividade como *sensibilidade*, conceito originário da ética-filosofica-primeira, origem da *responsabilidade para com o outro* anterior a toda ordem social.⁸⁴⁰

A proposta ética levinasiana configura-se na interpelação do discurso filosófico a partir do Outro. Esse Outro:

(...)é um pensamento eminentemente ético que tem origem num modo diferente de pensar, enraizado noutros conceitos e

⁸³⁸ COSTA, M. L., Op. Cit., p. 76.

⁸³⁹ SCHOEPFLIN, Marurizio. *L'amore ama il Bene, parola di Lévinas*. In: <http://lgxserver.unib.it/lei/rassegna/010512a.htm>. (26/03/2004).

⁸⁴⁰ COSTA, M. L., Op. Cit., p.9.

fundamentalmente numa acepção do verbo *ser* absolutamente alheia à cosmovisão helenizante.⁸⁴¹

A ética de Emmanuel Lévinas opõem-se à metafísica do ser como filosofia primeira.

Na verdade, a razão ética pré-originária é de ser sempre lembrada, pois são tantos os que morrem devorados pela violência do *inter-esse* universal, pela necessidade implacável do ser. Neste momento, tudo indica que o filósofo francês revive sua experiência “traumática” de cinco anos em seu corpo vulnerável concreto, no campo de concentração nazista (Stammlager). Foi uma vítima do holocausto judeu no coração da Europa moderna.

A experiência no campo de concentração nazista permitiu a Emmanuel Lévinas fazer uma análise crítica ao eurocentrismo, muito embora sua filosofia estivesse voltada apenas para o interior do próprio sistema mundo a que pertencia. Segundo ele, o Século XX, inicialmente, foi concebido como o século no qual o espírito europeu teria mostrado todo seu esplendor, sendo que, no seu limiar, foi o século de duas grandes guerras mundiais com todos os percalços de uma guerra. Foi o século no qual nos habituamos a ver campos de concentração, opressão, ou extermínio de populações inteiras e, sobretudo, aquilo que ficou conhecido como o Holocausto e os outros genocídios que o acompanharam. Depois da guerra passamos a vivenciar o grande desemprego desencadeado na população mundial que levou a um sofrimento quase tão evidente como na época da escravidão ou quando o ser humano trabalhava sem pausa.⁸⁴²

Isto se sucedeu no momento em que se passou a ter consciência, no curso do século XX, de todo o esplendor da razão, de todas as inovações tecnológicas. Toda a história européia, depois das mensagens gregas e da mensagem religiosa, é uma história sanguinária e todo este sangue tem um outro

⁸⁴¹ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸⁴² PARASCANDOLO, Renato. *Europa mia, che cattiva coscienza*. <http://lgxserver.uniba.it/lei/rassegna/001213b.htm>. (26/03/2004).

sentido à luz do nosso século. E tudo isso acompanhado do brilhantismo resultado da inteligência teórica e do progresso técnico, os quais, por si só, não justificam o valor que a eles sempre foram conferidos. Ressalta Emmanuel Lévinas, ainda, que não se deve esquecer da ameaça de uma guerra atômica, de uma guerra nuclear, que as pessoas continuamente se esquecem no curso de suas ocupações cotidianas, sem que, em razão disso, a ameaça diminua. Contudo, não é a ameaça de uma explosão final que parece apocalíptica a Emmanuel Lévinas, pois ele crê que todo o século é apocalíptico. Ele não vê mais o apocalipse sob a forma de explosão, por assim dizer, espetacularmente, mas sob a forma de uma vida que se desenvolve, que parece ter um sentido e que bruscamente é interrompida pela negação de todo sentido.⁸⁴³

O que se deve perseverar, segundo o filósofo francês, principalmente em face da má (*cattiva*) consciência da Europa, é naquilo que se chama com humildade da não centralidade da Europa e que se traduz num interesse de todas as civilizações, as quais muito tem a ensinar e poderiam ensinar muito para a Europa, a Europa positiva, a Europa da razão e da ordem, cuja vida, cujas formas culturais são proposta como modelos. A não centralidade da Europa é uma tese que nos vem proposta nas maiores universidades européias. Má consciência européia significa que a Europa denuncia aquilo que na sua consciência constituía e garantia a paz. A Europa observava sempre a humanidade em seu isolamento, no isolamento do indivíduo, na hostilidade dos indivíduos entre si; e descobriu que, com a sua “saggezza”, com a filosofia e com todas as outras ciências, com a racionalidade de seu saber, os indivíduos, malgrado a sua hostilidade, buscam a paz. E agora se descobre que esta civilidade não é natural de sua vocação. A prospectiva de chegar à paz, a paz da consciência, por meio do saber, está em crise e, por isso, ao invés da paz, temos uma consciência inquieta.⁸⁴⁴

Este momento do pensamento de Emmanuel Lévinas, em que ele afirma que a denúncia da má consciência européia é feita pelo próprio sistema

⁸⁴³ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸⁴⁴ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

mundo europeu, permite que se perceba nisso um distanciamento da Ética da Libertação de Enrique Dussel.

Para o filósofo argentino, radicado no México, o critério da crítica é propriamente “negativo”; é a descoberta da negatividade da vítima como vítima, da impossibilidade de *reproduzir a vida da vítima*. Este aspecto material-negativo que afeta a vítima não provém de uma conscientização do sistema ético totalizado (sistema mundo - europeu), mas graças à consciência crítica, sobre o sistema (norma, ação, instituição, etc), que se origina no seio das próprias vítimas. A existência de vítima é sempre refutação material ou “falsificação” da verdade do sistema que a origina. Nasce, assim, a comunidade crítica das vítimas. A partir das vítimas o problema da legalidade, da legitimidade, da coação de direito e tantos outros temas exigem ser desenvolvidos em seu novo significado. Desta maneira, aos olhos das vítimas, a legitimidade legal do sistema perde validade (torna-se ilegítima) e sua coação (que era legítima) torna-se violência.⁸⁴⁵

Portanto, para a Ética da Libertação não se trata de um *reformismo* (de quem tem má consciência e quer explicar, como preconiza Emmanuel Lévinas, criticamente as razões de sua ação conformista), mas, sim, uma *transformação* dos rumos de uma intenção, do conteúdo de uma norma: modificar uma ação ou instituição possível, e até um sistema de eticidade completo, em vista dos critérios e princípios éticos enunciados a partir da exterioridade (vítimas).

Mas, não obstante essa controvertida visão de perspectivas, que diferenciam os dois filósofos, o importante é a convergência de idéias que os aproximam, como é caso da concretização da ética como filosofia primeira, visando justamente romper com o fato nu e cru do ser, romper com a inevitabilidade existencial do próprio ser (como a insônia em que os olhos se recusam a se fechar), como se não existissem relações, mas apenas seres com os quais é preciso defrontar-se.

⁸⁴⁵ DUSSEL, E., Op. Cit., 2002, p. 375, 376 e 554.

É na alteridade do outro que se constrói tanto a filosofia levinasiana como a Ética da Libertação. É na metáfora do sono que se ressalta a possibilidade de se romper com a dogmática de um sistema ético totalizado (processo penal em que não se reconhecem as diferenças sociais, econômicas e culturais), percebendo-se a existência de algo que lhe é exterior, a vítima (processo penal em que se reconhecem as diferenças sociais, econômicas e culturais).

A metáfora do sono também permite a Emmanuel Lévinas construir novo fundamento que vem reforçar a percepção de que há algo além da totalidade ontologicamente dogmatizada (além da atual concepção dogmática do princípio da imparcialidade do juiz).

Ingressa-se no campo da questão da temporalidade e sua relação com a alteridade (o Outro).

Para a ontologia existencial de Heidegger, a temporalidade é sincrônica, configura-se por meio de uma série contínua de instantes ininterruptos sobre a qual desliza a inevitável existência - o instante presente é inevitavelmente a continuidade do instante anterior e o mesmo acontece com o instante seguinte em relação ao instante presente. “O tempo dura perpetuamente numa série sucessiva de instantes contínuos”.⁸⁴⁶

Na concepção de Emmanuel Lévinas a categoria *supratemporal* escapa a essa sincronia dos instantes, sendo que, na sua visão, a *temporalidade* é *diacrônica*, deixando entrever a possibilidade de relação fora do âmbito da existência e a possibilidade de um tempo que escape à sincronia. Indica com essa maneira de pensar que a ontologia não é o único caminho, muito menos o mais originário. Sugere a existência de relações fora do âmbito da racionalidade ontológica, sustentando uma nova racionalidade. Na verdade, o filósofo francês encontra um outro âmbito de racionalidade, diferente, anterior, não coincidente e não subordinado

⁸⁴⁶ COSTA, M. L., Op. Cit., p. 21 e 22.

ao ontológico. Em razão disso, pode-se concluir que não é possível reduzir tudo à existência, sendo que há relações *fora da existência*.⁸⁴⁷

A chamada *temporalidade diacrônica* sugerida por Emmanuel Lévinas constitui-se de instantes descontínuos e separados por intervalos produzidos pela consciência:

O dormir põe fim a um instante e o despertar inicia outro instante que não é continuação do instante anterior (...). A consciência adormece e, ao despertar, o tempo já é outro tempo, tempo de começar e não de continuar.⁸⁴⁸

A questão da *temporalidade* é importante para a construção da categoria da alteridade do Outro.

Concebendo-se o tempo como “instante” ou como “presente”, não ocorre a libertação do “eu” e de sua condição primeira e originária de estar referido a si-mesmo. O tempo concebido como um movimento de “um instante” ao “instante seguinte”, de maneira que o “eu” se reencontra consigo mesmo, é um tempo sincrônico, é um mesmo tempo, ou tempo do mesmo, tempo que não visa libertar o “eu” de si-mesmo; trata-se de um tempo egoísta.⁸⁴⁹

A concepção do princípio da imparcialidade do juiz, segundo a dogmática jurídica contemporânea, está inserida nessa concepção de tempo sincrônico, tempo que não visa libertar o “juiz” de si-mesmo; trata-se de uma concepção egoísta da imparcialidade.

⁸⁴⁷ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸⁴⁸ Idem. Ibidem. Loc. Cit..

⁸⁴⁹ Idem. Ibidem. p. 90

De modo diferente é a concepção da temporalidade diacrônica, que procura colocar de outra maneira a questão da temporalidade, de forma que ela seja constituída em “saída-de-si” para o “de-modo-diferente-de-si”.⁸⁵⁰

Há um esforço para sugerir uma visão do tempo como um modo do “para além do ser”, para além do sujeito isolado e sozinho, como relação do sujeito com o “outro” e como diacronia. O tempo, portanto, “(...) não é o fato de um sujeito isolado e sozinho, mas é a própria relação do sujeito com o *outro*.”⁸⁵¹

Assim, a alteridade do tempo presente está representada pelo outro tempo diacrônico, situado após um intervalo da consciência e para além da alteridade do “eu” isolado; decorre de *outro rosto* assimetricamente situado para além de toda identidade por similitude.⁸⁵²

Já é possível perceber que a formulação da temporalidade diacrônico tem por objetivo libertar a subjetividade humana de um solipsismo monádico, inserindo as raízes da constituição dessa subjetividade num nível intersubjetivo, assimétrico e diacrônico, como anterioridade a toda e qualquer ontologia.⁸⁵³

A “parcialidade positiva” do juiz é fruto dessa temporalidade diacrônica, que liberta o juiz de um solipsismo monádico, inserindo sua responsabilidade pelas vítimas do sistema num nível intersubjetivo, assimétrico e diacrônico, anterior a toda e qualquer ontologia.

Toda a categorização formulada por Emmanuel Lévinas, seja referente ao sono como forma de suspensão da consciência, seja em relação à temporalidade diacrônica, tem por objetivo encontrar uma forma de se evadir, de sair

⁸⁵⁰ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸⁵¹ Idem. Ibidem. p. 91.

⁸⁵² Idem. Ibidem. p. 93.

⁸⁵³ Idem. Ibidem. p. 94.

do ser, de romper com a totalização do ser, distanciando-se cada vez mais da ontologia fundamental de Heidegger.

A saída do *ser* ou o sair do *ser*, que não significa uma negação do *ser*, pois é preciso sair do *ser sem negá-lo*, segundo Emmanuel Lévinas, é romper com o círculo heliológico de um *ser* que se manifesta como fenômeno desvelando-se em sua própria luz.⁸⁵⁴

A saída de si está na *responsabilidade pelo “outro”*, em se ocupar com o “outro”, está em pensar no “outro”, em sua vida e sua morte, antes de se preocupar consigo mesmo. A responsabilidade do outro é o “*bem*”, conteúdo ético por excelência, anterior a toda anterioridade.

A responsabilidade pelo outro conduz a uma filosofia de vida em que se revela um profundo compromisso com a vida. A vida é realizada e confirmada segundo a concretude do cada dia.

Para Martin Buber, o projeto da filosofia é explicitar a concretude vivida da existência humana a partir do próprio interior da vida.⁸⁵⁵

No interior dessa filosofia de vida, Emmanuel Lévinas procura construir a subjetividade e a intersubjetividade humanas num nível *pré-originário*, o qual seria anterior a qualquer tematização. “O existente humano singular e concreto já se move num âmbito anterior ao mundo como horizonte de compreensão”.⁸⁵⁶ Existe um nível anterior ao *ser* e à *sua obra de ser*, e encontrá-lo e nele se refugiar é o que se entende por *sair* do *ser* sem apelar para sua negação. Sair do *ser* é criar um intervalo no *ser*, sem, contudo, negá-lo. O primeiro, portanto, não é ontológico,

⁸⁵⁴ “A aniquilação de todos os entes por sua redução ao nada não nega o *ser*, no fundo do nada onde não há nada subsiste o *há* (*il y a*) do *não há*. Se há, então há algo, portanto, *há ser*”. (COSTA, M. L., *Ibidem.*, p. 23).

⁸⁵⁵ BUBER, Martin. *Eu e tu*. Trad. do alemão por Newton Aquiles Von Zuben. 8. ed. São Paulo: Cortez & Moraes, 1974. p.XXVIII.

⁸⁵⁶ COSTA, M. C., *Op. Cit.*, p. 24

não o *ser*, não é a aventura de *compreender e do saber*, é algo diferente. É a ética como anterior à ontologia.⁸⁵⁷

Em defesa da ética como filosofia primeira, Emmanuel Lévinas sustenta ou identifica a ontologia com o dogmatismo, e demonstra que a crítica é anterior ao dogmatismo. A ética é crítica, portanto, a ética é anterior a ontologia fundamental que é dogmática. O dogmatismo é uma postura epistemológica existente no interior da ontologia em que se afirma a liberdade cognoscente do sujeito frente à exterioridade do objeto cognoscível. “Ser livre significa que o saber é uma relação do Próprio com o Outro onde o Outro se reduz ao Próprio (...) onde o pensamento se refere ao outro, mas onde o outro já não é outro enquanto tal, onde ele já é o próprio, já *meu*”.⁸⁵⁸

O sujeito se reconhece homem ao mesmo tempo em que reconhece ao outro como homem, e por isso lhe atribui sua própria “consciência humana”, o que explica que:

(...)a cada separación o divergencia con el otro en los combates y enfrentamientos, el individuo tenga, espontáneamente, tendencia a romper la pertenencia común, a priva al otro de su conciencia moral, a rechazarlo, simbólica o legalmente, fuera de la humanidad.⁸⁵⁹

A ética (ou a metafísica) coloca em questão ou em dúvida essa liberdade cognoscente. Assim, esse colocar em questão, insere a metafísica num âmbito eminentemente crítico. Âmbito em que, segundo a visão de Márcio Luis Costa:

Dá-se o encontro de um ente-humano frente a outro ente-humano antes de iniciar-se a tematização recíproca das respectivas quiddidade (essência). Assim, a ética como metafísica é anterior à ontologia como inteligência dos seres. Antes da relação de compreensão e inteligibilidade em que um ente-humano pode aniquilar e subsumir a exterioridade do outro pela representação de sua quiddidade nos limites de um horizonte dado como mundo, há uma ética pré-ordinária, há um *face-a-face* como experiência ética por excelência

⁸⁵⁷ Idem. Ibidem. p. 25.

⁸⁵⁸ LÉVINAS, Emmanuel. *Transcendência e inteligibilidade*. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1984. p. 14.

⁸⁵⁹ MORIN, E.; PIATTELLI-PALMARINI, M., Op. Cit., p. 211.

no pensamento de Lévinas e funda no aparecer do rosto do outro a possibilidade de *universalização da razão* (...).⁸⁶⁰

O face-a-face de um homem perante outro homem vai além da visão; a verdadeira essência do homem se presentifica no rosto, quando ele se demonstra *infinitamente outro*.

A ética visa resgatar aquilo que a inteligibilidade não pode alcançar na compreensão da quiddidade do ente.

Na ética há *sensibilidade para com e recebimento* do que não pode ser inteligido porque escapa infinitamente à luminosidade da face heliológica do ser. “Enquanto a racionalidade ontológica compreende o ente em sua quiddidade desvelada, a racionalidade ética *pré-originária é sensível* à recepção do ente em sua infinita exterioridade, alteridade e excedência.”⁸⁶¹

O respeito ao ente que se manifesta como exterioridade excedente é o conteúdo de *verdade*. Compreender o outro – operação tipicamente ontofenomenológica – é violentá-lo e faltar-lhe ao respeito com a *verdade*. A ética questiona a liberdade dogmática-ontológica do *eu* que se move no mundo de representações representando o outro à luz do ser. A ética acede ao outro sem representá-lo à luz do ser.

Para Enrique Dussel, a verdade, como critério de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, é desvelada pelo juízo ético material da razão crítica negativa, decorrente da impossibilidade de reproduzir a vida das vítimas.

⁸⁶⁰ COSTA, M. C., Op. Cit., p. 26.

⁸⁶¹ Idem. Ibidem. p. 27.

A ética é primeira, segundo Emmanuel Lévinas, porque ela é anterior à *visão, a intelecção, ao saber, à representação, à dogmatização*.⁸⁶²

Uma primeira grande síntese do pensamento levinasiano oferece a seguinte argumentação:

A ética é primeira e anterior porque é relação entre ente-humanos concretos e não relação entre um ente-inteligente e o ser (qüididade) de um outro ente-inteligível. A relação de ente-humano e ente-humano é anterior, mais antiga e mais grave que a compreensão, a intelecção, a representação, especulação e a sistematização de um ente-inteligente sobre o ser (qüididade) de um outro ente-inteligível à luz do *ser em geral*.⁸⁶³

Portanto, o reconhecimento da ética como filosofia primeira conduz o pensamento a assinalar a anterioridade da *vida sensível*, do *des-inter-esse* e da *singularidade* como mais originário que o *ser*, seu *modo de ser* e sua *obra de ser*.

O *inter-esse* é a *obra de ser do ser* e o *des-inter-esse* é a saída do *ser* ou a suspensão de sua obra de *ser*. A *individação* do ente-humano está no interior da ontologia, está fundada na liberdade epistemológica que entende e representa sua própria qüididade pela autoconsciência e a qüididade de outros entes pela *consciência de...* “A *singularidade* do ente-humano é produzida no nível *pré-temático ou pré-originário* por força da *sensibilidade*. O ente-humano, antes de ser individualizado pelo saber, já está singularizado pela *sensibilidade*”.⁸⁶⁴

As relações humanas são deslocadas para um segundo plano, dando-se preferência ao *sentir* e à *proximidade* como anterioridade de toda relação possível.

A *subjetividade* não é razão temática, mas, sim, *sensibilidade*. Já a *intersubjetividade* não é estratégia arrazoada, é *recebimento*. Desta maneira, como a *sensibilidade* e o *recebimento* são anteriores à razão temática e estratégica, assim

⁸⁶² Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸⁶³ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸⁶⁴ Idem. Ibidem. p. 28.

também a ética é anterior à ontologia fundamental existencial e a toda filosofia possível.

Há uma saída para o “eu” e o “presente”, há uma saída para o juiz e a concepção dogmática da imparcialidade, os quais não estão inevitavelmente presos ao ser; talvez haja a possibilidade de abrir uma porta de saída. Esta porta de saída para a libertação do “eu” está condicionada, por um lado, pelo desafio de alcançar ao “Outro” diferente do “eu” ou a “alteridade”. O tempo e outro são necessários à sua libertação.

O tema referente ao *alcançar o Outro* indaga quem é que deve alcançar o outro. O movimento do si-mesmo para o outro não está justificado no si-mesmo de um “eu” farto e esgotado de si-mesmo. “Alcançar o outro não se justifica por si-mesmo. Não significa livrar-me de meu fastio”.⁸⁶⁵

Segundo Emmanuel Lévinas, *alcançar o outro* não significa e não se trata: a) de encadeamento com outro “eu”; b) de compreensão do outro; d) de comunhão com o outro; justamente porque todas essas modalidades destruiriam a alteridade do outro e o reduziriam a um alter-ego subsumido no si-mesmo.⁸⁶⁶

A relação originária com o outro significa o estourar da quadratura da modalidade ontológica, monádica e solipsista de constituição da subjetividade, como também da modalidade vicinal de constituição da intersubjetividade e da sociabilidade. Implica, além do mais, na ruptura radical com a noção auto-referente de “eu”. É para eu estar em lugar diferente de mim mesmo.

⁸⁶⁵ Idem. Ibidem. p. 88.

⁸⁶⁶ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

O “eu” não tem poder sobre o “outro”. O “outro” já não é mais visto, mas sim “ouvido” “Ouço o que me diz aquele que é exterior ao meu mundo e irrompe neste mundo exigindo justiça”.⁸⁶⁷

A quebra da totalidade para Emmanue Lévinas somente é possível como experiência da exterioridade transcendente no “rosto do Outro”.

Transcendência, exterioridade e rosto, que por excederem à totalidade, à interioridade e ao pretensioso olhar sinóptico do “eu mim mesmo”, toma a forma conceitual filosófica de “*infinito*”. É um esforço para se manter aquém da evidência e da certeza objetiva. Na idéia de *infinito* se pensa o que permanece sempre exterior ao pensamento.

O *infinito* é o absolutamente *Outro*.

Mas, é necessário dizer que a idéia do infinito se dá no interior da totalidade, produzindo finição (limitação) da totalidade e a infindição (excedência) do infinito. Pensar o infinito, o transcendente, não é, pois, pensar um objeto, mas pensar o que não tem traços do objeto. Essa idéia se dá na relação do mesmo (eu-mim-mesmo) com o “o Outro” (alteridade, exterioridade), pressupondo que “o mesmo” esteja totalizado em seu mundo e que “o Outro” se apresente como a excedência infinita deste mundo totalizado.⁸⁶⁸

É importante salientar que o infinito é infinito não pelo fato de que uma subjetividade transcendental o pensa como tal. É infinito em virtude do fato de que a idéia que não cabe nela, que a excede.

⁸⁶⁷ DUSSEL, E., Op. Cit., 1986, p. 185.

⁸⁶⁸ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1980.p. 36.

A idéia de infinito explode a quadratura ontológica da totalidade de sentido e significado do mundo. Há significado para além do mundo dos sentidos.⁸⁶⁹

Não se trata mais de um eu-mim-mesmo como ser no mundo. Trata-se agora de um eu-mim-mesmo-para-o-outro.

A mediação filosófica da idéia do infinito permitiu a Emmanuel Lévinas realizar a reconstituição da *subjetividade e da intersubjetividade* humanas a partir dessa idéia, configurando a inauguração de uma nova teoria (metafísica da alteridade, antropologia da alteridade, ética da alteridade) e uma nova ação (política da alteridade: justiça).⁸⁷⁰

A *subjetividade* eticamente constituída a partir do infinito como “ser para o Outro” funda a intersubjetividade e a sociabilidade, capazes de fazer justiça ao ente que tem o modo de ser de um genuíno ser-humano, modo de ser e ente até agora caricaturizado na ontologia, face violenta do ser que se decanta na totalidade.⁸⁷¹

O “eu mim mesmo” restrito no isolamento da totalidade de sentido e significado do mundo é um ente só, razão pela qual procura partir para um além da totalidade de sentido e significado, parte para o “Outro”.

A relação com o “Outro”, que não pode ser absorvido, reduzido, totalizado, interiorizado, apropriado, representado pelo mesmo, se dá através de um *desejo*, que não é um desejo de saciar-se de algo que lhe falta, não é uma satisfação de uma necessidade.

⁸⁶⁹ COSTA, M. L., Op. Cit., p. 108.

⁸⁷⁰ Idem. Ibidem. p. 110.

⁸⁷¹ Idem. Ibidem. p. 111.

O *mesmo* parte para o “Outro” em face do chamado *desejo metafísico*.⁸⁷² Este desejar é uma pulsão criadora e totalmente transcendental.

Nas palavras de Emmanuel Lévinas:

O outro metafisicamente desejado não é “outro” como o pão que como, como o país em que habito, como a paisagem que contemplo, como, por vezes, eu para mim próprio, este “eu”, esse “outro”. Dessas realidades posso “alimentar-me” e, em grande medida, satisfazer-me (...). O desejo metafísico tende para uma *inteiramente diversa*, para o *absolutamente outro* (...). O desejo metafísico não aspira ao retorno, porque é desejo de uma terra onde de modo nenhum nascemos (...). É o desejo que não podemos satisfazer.⁸⁷³

Não se trata de relação de inteligibilidade entre o “eu que conhece” e o “ser conhecido”, trata-se de uma relação de desejo, desejo que se inquieta em face daquilo que se escorre entre os dedos da mão.

Essa pulsão e alteridade (desejo metafísico) ultrapassam o horizonte do “mundo” (no sentido heideggeriano), do sistema (à la Luhmann), da totalidade, e penetra até a intimidade do outro.⁸⁷⁴

O desejar é o desejo num ser já feliz: o desejo é a infelicidade do feliz, uma necessidade luxuosa.⁸⁷⁵ É evidente que a “infelicidade” aqui referida é uma expressão irônica. Na verdade, ela representa aquele que é chamado à responsabilidade pelo outro e é tirado de sua quietude, paz, segurança, e é lançado à arriscada aventura (para além da própria felicidade) da luta pela justiça, “pelo Outro”. “Justiça para “ o pobre, para a viúva e para o órfão.”⁸⁷⁶

Trata-se de uma relação especial, privilegiada com “Outro ser humano”.

⁸⁷² LEVINAS, E., Op. Cit., 1980. p.49.

⁸⁷³ Idem. Ibidem. p. 21 e 22.

⁸⁷⁴ DUSSEL, E., Op. Cit., 2002, p. 365.

A relação com o “Outro” permite ter uma idéia de quão infinito é o “Outro ser humano” em proporção à idéia que o representa como conhecimento inteligido. Desejar o outro ser humano é retirá-lo da posição de um objeto a ser conhecido, para inseri-lo em frente com um ser diante-de, diferente, distante e inabarcável pelo toque das mãos ou pelo olhar sinóptico.⁸⁷⁷

O rosto do Outro ser humano é a sua forma de “apresentar-se”, e não de ser tematizado ou representado, diante do “eu” que o olha e o toca mas sem objetivá-lo, nem à mão, nem diante dos olhos, nem a um lado de. O rosto na relação face-a-face supera a idéia que o “eu” tem do “Outro”, superando em originalidade e radicalidade as representações inteligidas.⁸⁷⁸ O “cara a cara” faz o “eu” responsável pelo outro antes de qualquer vínculo com ele, antes de qualquer pacto, consentimento, ato de fala, emoção ou sentimento de amor, ódio ou compaixão.⁸⁷⁹

O que vem do “Outro” como excedência, como exterioridade, como idéia de infinito, como rosto e como ensino, põe em crise e questiona e acusa a liberdade individual, ingênua e solipsista do “eu”.

O outro interpela-me como vítima, como pobre, como oprimido, não como o “senhor”. A vontade é livre para assumir essa responsabilidade no sentido que queira, mas não é livre para recusar esta responsabilidade em si mesma.

De certa maneira, pode-se concluir que a ética da libertação de Enrique Dussel, a qual insere a racionalidade crítica no âmbito da exterioridade, a partir das vítimas, adotou em parte o pensamento de Emmanuel Lévinas. No pensamento do filósofo argentino radicado no México, a partir das vítimas, a verdade

⁸⁷⁵ LEVINAS, E., Op. Cit., 1980, p.50.

⁸⁷⁶ DUSSEL, E., Op. Cit., 2002, p. 409.

⁸⁷⁷ COSTA, M. L., Op. Cit., p 125.

⁸⁷⁸ Idem. Ibidem. Loc. Cit.

⁸⁷⁹ COROMINAS, J., Op. Cit., p. 93.

começa a ser descoberta como a não-verdade, o válido como o não-válido, o factível como o não eficaz.

Transportando-se o pensamento de Emmanuel Lévinas para a Ética da Libertação de Enrique Dussel, pode-se afirmar que o sistema de eticidade corresponde a um nível ontológico de totalidade, que começa a ser questionado, refutado, por um juízo ético material da razão crítica negativa que se encontra na exterioridade do rosto das vítimas.

Esse juízo ético material corresponde para Emmanuel Lévinas uma mediação filosófica em que num antes do “ser – no – mundo” se analisam fenomenologicamente as condições metafísicas de possibilidades pré e pós-ontológicas, que poderiam, respectivamente, resumir-se na sensibilidade e na exterioridade. Portanto, na perspectiva de Emmanuel Lévinas a ética é metafísica, sendo que a sensibilidade (pré-ontológica) anterior a toda inteligibilidade parte de uma concepção do sujeito que deve reconhecer o *Outro* como exterioridade (pós-ontológica).

Eis aí, portanto, a fundamentação ética da “parcialidade positiva” do juiz na relação jurídica processual penal.

Através de uma racionalidade crítica que rompe com a totalidade processual dominante (atual concepção do princípio da imparcialidade), o juiz deve reconhecer a exterioridade das vítimas que se encontra transcendentemente no infinito, para o efeito de, através de reconhecimento das diferenças sociais, econômicas e culturais, proferir uma decisão *équico e justa* no âmbito da relação jurídica processual penal.

Por meio da metáfora do “sono” e do “tempo”, é possível ao juiz libertar-se da dogmática de seu “solipsismo”, de sua “subjetividade egoística”, para alcançar o “outro” que se encontra num âmbito transcendental, e confirmar a sua responsabilidade que é pré-ontológica.

O juiz não deve tematizar o Outro (vítima inferiorizada na relação jurídica processual), mas deixar transparecer um desejo metafísico de proferir uma decisão *équo e justa*, pois o juiz, em relação às vítimas do sistema, tem uma responsabilidade ética pré-originária à totalidade do sistema jurídico dominante.

Tendo em vista essa responsabilidade ética pré-originária não tematizadora do Outro, o método que antecede a própria *dialética* (que para Enrique Dussel seria o método por excelência da totalidade) a ser desenvolvida no processo, seria o *método analético* que permite a abertura efetiva ao Outro e, concomitantemente, a derrubada do sistema e da totalidade cerrada, para o fim de liberar o Outro negado em sua dignidade.⁸⁸⁰

⁸⁸⁰ “(...) Desde este criterio, anterior y primario respecto al criterio trascendental de la ética del discurso, deberá juzgarse sobre la corrección de otras propuestas éticas y, desde él, habrá que elegir los instrumentos de interpretación científica y elaborar un juicio ético sobre las ciencias sociales”. (Idem. Ibidem. p.94).

CONCLUSÃO

A moderna concepção do direito processual penal tem por base um discurso segundo princípios democráticos amparados numa visão consubstanciada na efetiva participação dialética comunicativa daqueles que são, ao mesmo tempo, destinatários e partícipes na concretização da ordem jurídica *justa*.

Um dos pontos de sustentação do ideal comunitário repousa nessa efetiva e concreta possibilidade de participação e de interpretação hermenêutica de todos aqueles que serão de certa forma regidos pela concretização do ordenamento jurídico através do processo.⁸⁸¹

Este modelo impõe uma série de condições apresentada através de três exigências fundamentais: a não-limitação, ou seja, a ausência de impedimentos à participação; a não-violência, enquanto inexistência de coações externas ou pressões internas; e a seriedade, na medida em que todos os participantes devem ter como objetivo a busca cooperativa de um acordo.⁸⁸²

A concepção ontológica do processo, como instrumento do poder desenvolvido através de um procedimento consubstanciado numa relação jurídica em contraditório, atualmente reconhecida pela própria ordem constitucional, no artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal, reclama a participação efetiva, em contraditório, de todos os envolvidos na concretização da ordem jurídica, inclusive o próprio Juiz.

⁸⁸¹ “A hermenêutica é uma área de atividade e da indagação filosófica que trata de teoria e da prática da compreensão em geral e da interpretação do significado de textos em particular. (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.46.

⁸⁸² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva* – elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 111.

Para se alcançar tal objetivo, não é suficiente que seja garantido aos destinatários da norma apenas um contraditório formal, sem qualquer preocupação com a efetiva e concreta participação igualitária das partes na relação jurídica processual. Há necessidade de um contraditório substancial.

A exigência de uma participação efetiva no processo jurisdicional, como forma de concretizar o princípio constitucional do contraditório, reclama, por outro lado, segundo a doutrina tradicional, a *imparcialidade do juiz*, uma vez que:

[...]seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o *poder*, mas permitir sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia – especialmente com o valor do *justo*. Os agentes estatais têm o dever de agir com *impessoalidade*, sem levar em conta esses sentimentos ou interesses e, portanto, com abstração de sua própria pessoa.⁸⁸³

Contudo, a ação comunicativa desenvolvida no processo, que é imprescindível num Estado de Direito Democrático, por vezes serve de instrumento retórico, exercendo papel preponderante na persuasão alheia com o único intuito de manter as representações ideais do sistema tradicional, tais como, “igualdade perante a lei”, “certeza” e “segurança jurídica”.⁸⁸⁴

O modelo de justiça social contemporâneo reclama, por sua vez, uma postura em que o juiz, ao invés de se distanciar das pessoas envolvidas na relação jurídica processual penal para resguardar sua neutralidade ou (im)parcialidade, garantindo a igualdade perante a lei, reconheça o “*Outro*” como um ser diferente, com as suas diferenças de ordem social, cultural, ideológica e econômica.

⁸⁸³ DINAMARCO, C. R., Op. Cit., 2001, p. 200.

⁸⁸⁴ “(...) siamo di fronte ad una *crisi della positività del diritto*. La proposizione che il solo diritto sia il diritto positivo, cioè quello espresso dalla volontà dello Stato, mentre ancora mezzo secolo fa era un dogma intoccabile per l'operatore giuridico, oggi è fortemente intaccata e discussa. I pregi che essa esprimeva, e cioè la certezza del diritto e la sicurezza giuridica, cedono il posto ad una più sentita esigenza di giustizia per le situazioni nelle quali la persona umana si può venire a trovare. E con la giustizia anche un'esigenza di verità. Basti pensare alle vicende ed ai problemi che ha fatto sorgere il processo di Norimberga contro i criminali di guerra per rendersi conto, ad esempio, che l'appello all'ordine vincolante del superiore non vale se questo ordine non è sostanzialmente

A proposta essencial deste trabalho é afirmar (para libertar) a realidade do excluído (exterioridade), “(...) aquela que fica para além do sistema de dominação imposto pela totalidade vigente (o ‘ser’)”.⁸⁸⁵

O arquétipo de uma Justiça representada pela deusa Témis (A deusa da Justiça), com os olhos vendados, segurando em uma das mãos a espada e na outra uma balança em equilíbrio, não representa mais o anseio de justiça social que se pretende introduzir no limiar de um novo milênio, em que as desigualdades são notórias e patentes, em que a miséria, a fome e o desnível social são tão evidentes principalmente no âmbito da relação jurídica processual penal.⁸⁸⁶

A deusa da Justiça deve ser desvendada, para que se possa reconhecer no processo a *racionalidade do outro*, a sua diferença sócio-cultural-político-econômica. A balança, na realidade latina americana, deve ser desequilibrada, a fim de representar as desigualdades sociais, econômicas e culturais existentes num continente regrado por injustiças sociais. E a espada deveria, por fim, ser substituída por uma “lupa”, a fim de que se possam reconhecer as concepções ideológicas que tem por detrás de um determinado ordenamento jurídico de cunho capitalista e neoglobalizante.

legittimo, se esso cioè non corrisponde ad una effettiva esigenza di giustizia nel rispetto dei diritti della persona”. (BETTIOL, G., Op. Cit., p. 5).

⁸⁸⁵ ARENHAR, Bianca Georgia Cruz. O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Coordenador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001., p.205.

⁸⁸⁶ “A figura da mulher representando a Justiça é, segundo a mitologia grega, a deusa Témis. Témis, filha de Urano (o Céu) e de Gaia (a Terra), era a poderosa deusa da Justiça. Por ser dotada de grande ciência tinha honras de conselheira de Zeus, o deus supremo, de quem era esposa. Criadora das leis e dos ritos e também dos oráculos, era a guardiã de juramentos, dispensatária dos destinos. Teve muitas filhas famosas: as Horas, guardas dos partos dos Céus; as Parcas, fiandeiras da vida dos homens; a virgem Astreia, introdutora da felicidade na humanidade, enquanto reinou; as ninfas do rio Eridan, a quem o invencível Hércules perguntou o caminho para o jardim que produzia pomos de ouro, guardado por terrível dragão com cem cabeças (o Jardim das Hespérides). As leis e os oráculos que Témis produzia eram obrigatoriamente acatadas por deuses e homens.

A espada que exhibe representa a força dos seus ditames. A balança significa o senso, o equilíbrio, a ponderação, a justeza das suas decisões. A venda nos olhos, quando existe, traduz o propósito de objectividade, o desejo de nivelar o tratamento de todos os justicados, quem quer que sejam. Por outro lado, a ausência de venda (como é o caso) aponta para a necessidade de ter os olhos bem abertos para que nenhum pormenor, relevante para a formação da decisão, lhe escape”.

É bem verdade que para o positivismo jurídico tais questões devem ser ignoradas, principalmente quanto à formulação ideológica que existe na base de concretização das normas jurídicas, pois, o que importa são as certezas jurídicas estabelecidas pelas aludidas normas como função básica no âmbito do Estado capitalista e da ordem burguesa.

Na lição de Plauto Faraco de Azevedo:

[...] o positivismo é a concepção filosófica do Direito que pretende limitar o seu conhecimento e o conseqüente trabalho do jurista à perspectiva lógica, ao trabalho 'puramente' analítico-descritivo, privando o jurista e o juiz da indispensável valorização da ordem jurídica e, por conseguinte, de seu ajuizamento ético. As mudanças sobrevindas na ordem jurídica tornam-se moralmente indiferentes, já que o jurista e o juiz são vistos como técnicos, respectivamente a serviço da organização do ordenamento jurídico e da aplicação-subsunção das normas legais.⁸⁸⁷

Em contraposição a essas idéias positivistas, leciona Rui Portanova:

[...] a segurança é valor que por si só se opõe ao valor justiça. O desejo de decisões mais previsíveis, mais uniformes, choca-se com os ideais de justiça. É que justiça tem que compreender o ineditismo da vida, a mudança contínua. O valor justiça é mais importante que o valor segurança. Esta fundamentalmente garante a segurança das classes que fizeram a lei ou tiveram papel preponderante na sua feitura.⁸⁸⁸

Segundo José Eduardo Faria: “[...] as certezas jurídicas são mais um instrumento retórico, cuja finalidade é garantir condições de reprodução do padrão de dominação vigente e, ao mesmo tempo, ocultar esse papel mediante a pretensa autonomia e exterioridade do direito”.⁸⁸⁹

Para se evitar essa *compartimentalização* perniciosa, é que a postura do juiz no processo jurisdicional não poderá ser *neutra* ou mesmo *imparcial*,

(GRAÇA, José Pereira. *Témis – a deusa da justiça*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p.139 e 140).

⁸⁸⁷ AZEVEDO, P. F. de, Op. Cit., p. 44 e 45.

⁸⁸⁸ PORTANOVA, R., Op. Cit., p.87.

⁸⁸⁹ FARIA, José Eduardo. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre: Fabris, 1985. p.14.

sem levar em consideração as condições sociais, econômicas, culturais e mesmo ideológicas existentes no processo, ou seja, sem levar em consideração a *racionalidade do Outro*.

O objetivo deste trabalho, após se constatar que é utópico pensar na figura de um juiz neutro e (im)parcial, foi construir uma nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz.

Significa dizer que a *parcialidade positiva do juiz* no processo não caracteriza qualquer ilegitimidade ou motivo de consternação, ao contrário, ela permite que o magistrado, consubstanciado na *razão* enquanto exterioridade, na *outra razão*, na *razão* do outro enquanto resistência à lógica da totalidade, reconheça as diferenças sócio-econômico-culturais entre as partes que compõem a relação processual, fazendo com que essas diferenças não sejam ignoradas ou suprimidas pelo pseudoprincípio de que todos são iguais perante a lei.

Por tal motivo, sustentou-se que “[...]o fundamento do direito consiste numa especificação da racionalidade enquanto exterioridade”.⁸⁹⁰

Sob essa nova perspectiva, pretendeu-se afirmar que o discurso desenvolvido no processo reclama a existência de direitos fundamentais, direitos básicos inscritos no discurso, os quais, por sua vez, transformam-se pragmaticamente em fundamento do processo de legitimação de direitos.⁸⁹¹ No entanto, esses direitos sofrem a ação da desigualdade sócio-econômico-cultural particularizada, principalmente na América Latina, onde os participantes no discurso desenvolvido no processo, por vezes, encontram-se em total desnível e totalmente divorciados do chamado “ideal de fala” propagado por Jürgen Habermas.

⁸⁹⁰ LUDWIG, Celso Luiz. *Formas da razão – racionalidade jurídica e fundamentação do direito*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997, p.208.

⁸⁹¹ Idem. Ibidem. p.183.

Parece correto afirmar que a razão é *histórica*, ou seja, que é condicionada ou determinada pelas condições sociais, econômicas e políticas de uma época; contudo, essa *razão histórica* não pode ser concebida nos limites de uma totalidade vigente de uma época, de uma sociedade e de uma cultura.

Deve-se construir a racionalidade processual com base na *razão do Outro*, dos oprimidos e dos excluídos, apenas com o intuito de se fazer Justiça, e não com a finalidade de favorecer quem quer que seja, pelo simples fato de favorecer.⁸⁹²

Não basta o desenvolvimento do processo jurisdicional através de uma linguagem consubstanciada na dialética discursiva, sem que se perceba a diferença que existe entre os participantes do processo, com base numa *realidade* regional própria: a *pobreza* crescente na maioria da população latino-americana; a vigência de um capitalismo *dependente* que transfere valores para o capitalismo central.

Filosoficamente:

[...]partindo da fenomenologia de Heidegger e da Escola de Frankfurt de fins da década de 60, a *Filosofia da Libertação* inspirou-se no pensamento de Emmanuel Lévinas, porque ele nos permitia definir claramente a posição da 'exterioridade' (como filosofia, cultura popular e economia latino-americana em relação aos Estados Unidos e à Europa), considerado enquanto 'pobres' (quer dizer desde uma economicidade antropológica e ética), e em referência à 'totalidade' hegemônica (político-autoritária, econômico-capitalista, erótico-

⁸⁹² "O projeto da Libertação dos *oprimidos e dos excluídos* é aberto, partindo da exclusão do Outro e indo mais além (*jenseits*) de qualquer situação apresentada. A estruturação de alternativas – mesmo que fosse necessária (o que não podemos descartar *a priori*) a de uma utopia ou a de uma nova sociedade – não consiste na 'aplicação' de algum modelo ou situação ideal ou transcendental, nem tampouco na execução autêntica de um determinado 'mundo da vida' (quer seja ele o moderno ou outro diferente), muito menos se for idealizado como efeito indestrutível de uma lógica necessária (a da teologia ou razão histórica de Hegel ou a do marxismo *standart* ou de Stalin); mas deverá ser uma 'des-coberta' responsável, como resposta à 'interpelação' do Outro, dentro de um lento processo de prudência (em que a teoria de uma 'comunidade de comunicação real' – que racional e processualmente chega a um consenso de validade intersubjetiva – nos ajuda a compreender melhor o progredir seletivo da *fronésis* de libertação), durante o qual o filósofo (tal como 'intelectual orgânico' de Gramsci) deve tratar com seriedade as motivações ética (com Taylor) da libertação dos oprimidos e excluídos". (DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação*. crítica à ideologia da exclusão. 2. Ed. São Paulo: Paulus, 1995, p. 119-120).

machista, pedagógico-ilustrada, cultural-imperial-publicitária, religião fetichista etc).⁸⁹³

O que se pretendeu neste trabalho foi reconhecer a *razão do Outro*: do índio assassinado por genocídio, do escravo africano reduzido a uma mercadoria, da mulher vilipendiada como objeto sexual, da criança subjugada pedagogicamente, e, especificamente no processo, da parte pobre desprovida de uma assistência judiciária que lhe coloque em igualdade com a parte mais favorecida sócio-econômico-culturalmente, ou da parte totalmente desconhecedora do que venha a ser sua participação no discurso argumentativo e quais seriam as conseqüências da atividade jurisdicional.

Com base na Teoria da Libertação, uma nova leitura do princípio da *(im)-parcialidade do juiz* foi desenvolvida, no sentido de que o juiz aja segundo a racionalidade do *Outro*, que perceba, reconheça e se responsabilize pelas conseqüências da diferença socio-cultural-econômica das partes.

Que o juiz, antes de propor a dialética discursiva no processo, mantenha-se receptivo à *interpelação do Outro para a Justiça*.⁸⁹⁴

⁸⁹³ Idem. Ibidem. p.46 e 47.

⁸⁹⁴ “Da nossa parte, escolheremos um ‘ato-de-fala’ que nos permita localizar o problema que pretendemos expor partindo de uma *Filosofia da Libertação*. O Discurso tomará como ponto de partida – pelo menos pedagogicamente e de modo abstrato – a ‘intuição’ de Lévinas de que ‘o Outro’ (*Autrui*) é a fonte inicial de qualquer discurso possível, essencialmente ético, e a partir da ‘exterioridade’. Trata-se da irrupção do Outro, do pobre (da mulher subjugada etc.), que ‘surge’ dentro da ‘comunidade’ do sistema institucional vigente, da ‘totalidade’, clamando por justiça.

A oração inicial, com o seu ‘conteúdo’ proposicional, poderia ser anunciada mais ou menos assim:

1. Isto é um ato de justiça (=p)

Partindo dessa oração, poderão ser expressos diversos ‘atos-de-fala’. Dentro eles, um poderia ser desenvolvido da seguinte maneira:

2. Tu deves cumprir o ato de justiça para comigo.

Ainda mais desenvolvido, devido à falta de cumprimento do enunciado n. 2, ele poderia ser formulado assim:

3. Recrimino-te pelo ato de justiça que tinhas obrigação de cumprir para comigo.

O ato-de-fala de que passaremos a tratar – e que, por enquanto, poderá parecer incompreensível – poderá ser enunciado assim:

4. ‘Interpelo’-te pelo ato de justiça que tinhas obrigação de cumprir para comigo.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, Sergio. *in* **Revista VEJA**, São Paulo: Abril, n. 1846, 24.03.2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALLEGRETTI, Umberto. **L'imparzialità amministrativa**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1965.
- ANDRADE, José Vieira de. A imparcialidade da Administração como princípio constitucional, *in* **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, v. L, 1974.
- ANDRIOLI, Virgilio. **Commeto al código di procedura civile**. 3. ed. Vol. I. Nápoles: Edit. Jovene, 1954.
- APOSTEL, Leo. Las ciencias humanas: muestras de relaciones interdisciplinarias. *In* **Interdisciplinarietà y ciencias humanas**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: Editora UFPR, 2001.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- ARENHAR, Bianca Georgia Cruz. O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. *In*: **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Coordenador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, (p.191-230).
- ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2002.
- ASCARELLI, Tullio. Processo e democrazia. *In* **Riv. Trim. Dir. e proc. Civ.**, 1958.
- ASCENSÃO. José Oliveira. **O direito. Introdução e teoria geral**. 3.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

Desta forma, já nos encontramos localizados, por se tratar de um 'ato-de-fala', aliás, escolhido por ser muito peculiar, e não apenas de uma simples 'oração' (objeto do *entendimento* teórico ou analítico) – dentro de um nível ético ou da *razão* prática, em que, 'cara-a-cara' (diria Lévinas), duas pessoas se enfrentam sem mediação, a não ser a lingüística, situado fora de suas próprias pessoas; trata-se de um encontro dentro do caráter corpóreo imediato de ambas: a *proximidade*" (Idem. Ibidem. p. 49 e 50).

ASENSIO, Rafael Jiménez. **Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial**. Navarra: Aranzadi, 2002.

AVARIA, Alejandro Marambo. Notas para uma construção filosófico-política del pensamiento de alessandro baratta. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, ano 12, set./out. de 2004, (193-236), p.196.

AVARIA, Alejandro Marambo. Notas para uma construção filosófico-política del pensamiento de alessandro baratta. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, ano 12, set./out. de 2004, (193-236).

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

BARCELLONA, Pietro. **La formación del jurista – capitalismo monopolístico y cultura jurídica**. Traducción de Carlos Lasarte. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1993.

BARCELLONA, Pietro; HART, Dieter; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista – capitalismo monopolístico y cultura jurídica**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1988.

BECCARÍA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Malheiros, s.d.

BELING, Ernst. **Derecho procesal penal**. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943.

BELLAVISTA, Girolamo. **Lezioni di diritto processuale penale**. 4.ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

BERISTAIN, Antonio. Nuevo proceso penal desde las víctimas. *In* **Direito Criminal**. coord. José Enrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BERTONI, Eduardo A. La crítica política y su relevancia para los tribunales internacionales. *In* **Libertad de prensa y derecho penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1997.

BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di diritto e procedura penal**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966.

BIANCHI, Alberto B. **El juicio por jurados – la participación popular en proceso**. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1998.

BINDER, Alberto. Importância y limites del periodismo judicial. *In* **Justicia penal y estado de derecho**. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 15.ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O futuro da democracia**. 7. ed. Rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **O positivismo jurídico** - lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BORGHESE, S., Astensione del giudice. **Enciclopedia del diritto**. Milán: Giuffrê, 1958.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BOVINO, Alberto. Publicidad Del juicio penal: la televisión en sala de audiencias. *In* **Libertad de prensa y derecho penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1997.

BRONER, Stephen Eric. **Da teoria crítica e seus teóricos**. Trad. Tomás R. Bueno e Cristina Meneguelo. São Paulo: Papius, 1994.

BRUM, Nilo Bairros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUBER, Martin. **Eu e tu**. Trad. do alemão por Newton Aquiles Von Zuben. 8.ed. São Paulo: Cortez & Moraes, 1974.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. **A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CABIALE, José Antonio Díaz. **Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez**. Granada: Editorial Comares, 1996.

CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. *In* **Participação e processo**. Coord: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. *In* José Eduardo Faria (Org.), **Direito e Justiça** – a função social do judiciário. 2.ed. São Paulo: Ática S.A., 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional**. 6.ed. 2. reimp. Coimbra: Livraria Almedida, 1996.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. **Proceso, ideologias, sociedad**. Trad. Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Trad. Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Luís Fernando Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002.

_____. Crisi della giustizia penale. In **Rivista di diritto procesuale**. Padova: Cedam, v. I, 1958.

_____. **Lecciones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch Y Cía Editores, 1950.

_____. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. v. IV. São Paulo: Classic Book, 2000. p.230.

CARRÉ DE MALBERT, R., **Teoria general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica. 2.ed., 1998.

CARULLI, Nicola. **Il diritto di difesa dell'imputato**. Napoli: Jovene, 1967.

CERRI, Augusto. **Imparzialità ed indirizzo político nella publica amministrazione**. Pádua: CEDAM, 1973.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona – le garanzie fondamentali**. 3.ed. v. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.

CHIAVARIO, Mario. Garanzie individuali ed efficienza del processo. *In Il giusto processo*. Associazione tra gli studiosi Del processo penal, n. 8. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1998.

CHOZAS ALONSO, J. M. **La perpetuatio iurisdictionis**: un efecto procesal de la litispendencia. Granada: Comares, 1995.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo Direito e Justiça Distributiva** – elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLARO, João Martins. **Introdução ao estudo do princípio da igualdade em direito constitucional**, dissertação no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Políticas, policopiado, Faculdade de Direito de Lisboa, 1983.

COAN, Emerson Ike. Direito natural e invariantes axiológicas na acepção estrutural de miguel reale:atualidade do tema. *In Revista brasileira de direito constitucional*, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC, n.3., (21-35), jan.jun. 2004. COMPARATO. Fábio Conder. Papel do jurista num mundo em crise de valores. São Paulo: Revista dos Tribunais, março, 1985.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo** – los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo. 2.ed. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 2001.

CONSO, Giovanni. Intervento di giovani conso. *In Il giusto processo*. Associazione tra gli studiosi del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Millano: Giuffrè Editore, 1966.

COROMINAS, Jordi. **Ética primera – aportación de x. zubiri al debate ético contemporáneo**. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, S.A., 2000.

CORREIA, José Sérvulo. – **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, Coimbra, 1988.

COSTA ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

COSTA, Márcio Luis. **Lévinas** – uma introdução. Petrópolis: Vozes, 2000.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.97.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Separata Revista ITEC**, ano 1, n. 4, Sapucaia do Sul: Notadez, jan/fev/mar/ de 2000.

_____. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. **Direito e neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

COUTO DE BRITO, Aléxis Augusto. Direito penal internacional: direitos humanos, tratados internacionais e o princípio da legalidade. *In* **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Ano V, n. 27, ago./set. 2004, Curitiba: Síntese (43-51).

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Trad. Gilda Maciel Corrêa M. Russomano, 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, s.d.,

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Do relacionamento juiz-advogado como motivo de suspeição. *In* **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 87, v. 756, outubro de 1998.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas S.A. 2002.

DE MARINO, R.: Los problemas probatórios como limite del derecho a la prueba, **Primeras Jornadas de Derecho Judicial**, Madrid: Secretaria Técnica, 1983.

DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. *In* **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Ano XXXVIII, n. 3, (726-739), setembro-1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Princípios do processo penal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 67, jul./set., p. 79

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault – uma trajetória filosófica**. Para além do estruturalismo e da hermenêutica. Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade humana de um julgamento imparcial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 12, out-dez. 2002.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. de Orlando Vitorino. 3. ed. Lisboa: Guimarães Editores, Ltda., 1986.

_____. **Filosofia da libertação**. crítica à ideologia da exclusão. 2.ed. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. **Método para uma filosofia da libertação** – superação analética da dialética hegeliana. São Paulo: Loyola, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961.

FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____. Direitos Humanos e Globalização Econômica, notas para uma discussão, *in*: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 71, jul./set. 1997.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direito – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FARRELL, Martin D. **Algunas maneras de entender a la neutralidad**. DOXA 15-16 (1994). *In*: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno_15/voll/doxa_15_09.pdf. 03 de agosto de 2005.

FAZZALARI, Eio. La imparzialità del giudice. *In* **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Edizioni Cedam, n. 2, (p.193-203), 1972.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ-VIAGAS, P. Bartolomé. **El juez imparcial**. Granada: Comares, 1997. p.6 e 7.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zome, Fauzi Hassan Choukr, Jurez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Giurisdizione e democrazia. **Revista da AJURIS**, Ano XXVI, n. 75, Porto Alegre, (42-444), setembro de 1999.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

_____. Judicário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *In Revista da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Coordenação de Comunicação Social da USP, n. 21, mar./mai. 1994, (p. 12-21).

_____. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *In Revista USP*, São Paulo, n. 21, jan-jul, (p. 12-21).

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal**. II v., Editorial VERBO.

FIDELBO, Giorgio. Interventi e comunicazioni. *In Il giusto processo*. Associazione tra gli studiosi Del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, Lda., 1974.

FONSECA, Ricardo Marcelo. História e Direito Processual Civil. *In GENESIS – Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 17, jul/set. 2000.

_____. **Modernidade e contrato de trabalho** – do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr., 2001.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Petrópolis: Vozes, 1972.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 1996.

_____. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Estratégia, Poder – Saber**. Coleção Ditos & Escritos. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Microfísica do Poder**. 8.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

FRANCOS, María Victoria Berzosa (Prólogo), *in* Joan Picó I Junoy, **La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación**. Barcelona: J. M. Bosch, 1998.

FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 1993.

_____. Una defensa de las escuelas de abogados, *in* BÖHMER, M. F. **La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía**. Barcelona: Gedisa, 1999.

FREUD, Sigmund. **Cinco lições sobre a psicanálise**. v. XVI das Obras Completas. Rio de Janeiro: Imago. 1988.

GALANTINI, Novella. *In Il giusto processo*. Associazione tra gli studiosi Del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

GARAPON, A. **Juez y democracia**. Barcelona: Flor del Viento Ediciones, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramon. **Curso de direito administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, São Paulo: RT, 1991.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. v. I. Milão: Giuffrè Editore, 1970.

GIOSTRA, Glauco. **Processo penale e informazione**. 2.ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989.

GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso. *In Revista de Derecho Procesal*. v. II, 1950.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **Os tribunais, as polícias e o cidadão** – o processo penal prático. 2.ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedida, 2002.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal – anotado e comentado – legislação complementar**. 13 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GONZÁLEZ MONTES, J. L. **Instituciones de derecho procesal**. 3. ed. Tomo I. Madrid: Ed. Tecnos, 1993.

GORDILLO, Augustin A. **Teoria geral del derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudio de Administracion, 1984.

GRAÇA, José Pereira. **Témis – a deusa da justiça**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

GRECO, Alfredo. *In Il giusto proceso*. Associazione tra gli studiosi Del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Novas tendências do direito processual** – de acordo com a constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária Ltda, 1990.

_____. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *In Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, Ano 8, jan./mar., 198, (p.11-33).

GRONDONA, Mariano, **Los pensadores de la libertad - de John Locke a Robert Nozick**. 6.ed. Sudamericana, 1992.

GUARIGLIA, Fabrício. Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad. *In Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1997.

GUARNIERI, Carlo. **La giustizia in itália**. Bolonia: Il Mulino, 2001.

_____. L'indipendenza della magistratura. *In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Marzo 1979, Anno XXXIII – Num 1, (p. 29-56).

GUARNIERI, Carlos; MAGALHÃES, Pedro. O activismo judicial na europa do sul. *In* **Sub Judice – Justiça e Sociedade**, jan/mar. 2000, n. 14. (p. 7-14).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. *In* **Revista de Processo**, n. 87, ano 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 1997.

GULLCO, Hernán. V. La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso. *In* **Libertad de prensa y derecho penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1997.

GUSDORF, Georges. Pasado, presente y futuro de la investigación interdisciplinaria. *In* **Interdisciplinarietà y ciencias humanas**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

GUTIERREZ, Gustavo Luiz. **Gestão comunicativa: maximizando criatividade e racionalidade** – uma política de recursos humanos a partir da teoria de habermas. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Imperio**. Trad. Berilo Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Sobre a constituição dos estados unidos**. Trad. Jacy Monteiro. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1964.

HAYEK, Friedrich August Von. **Los fundamentos de la libertad**. Madrid: Unión Editorial, 1991.

HESPANHA, António Manuel Botelho. **Justiça e litiosidade**: história e prospectiva de um paradigma. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

HEYDE, W. La jurisdicción. *In* Benda e outros. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HORKHEIMER, Max. **Teoria Crítica**. Tomo I. São Paulo: Perspectiva S.A., 2003.

HOYOS, Arturo. **Justicia contencioso-administrativa y Derechos Humano**. Panamá: Instituto Panameño de Derecho Procesal, 1991.

HYPOLITE Jean. **Introdução à filosofia de Hegel**. Lisboa: Edições 70, 1983.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bolonia: Galeati di Imola, 1979.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal – de acordo com a constituição de 1988**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

KAHN, Michael. **Freud básico – pensamentos psicanalíticos para o século XXI**. Trad. Luiz Paulo Guanabara. 2. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

KARAN, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 9, n. 35, jul./set. de 2001.

KOZICKI, Katya. **A política na perspectiva da filosofia da diferença**. *In* Filosofia política contemporânea. (Orgs. Manfredo Oliveira, Odílio A. Aguiar e Luiz F. N. A. S. Sahd). Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

KRISHNA, Daya. La cultura. *In*. **Interdisciplinariedad y ciencias humanas**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. México: FCE, 1975.

LARENZ, Karl. **Derecho justo** – fundamentos de ética jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1993.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LÉVINAS, Emmanuel. **Da existência ao existente**. Trad. Paul Albert Simon. Campinas: Papirus, 1998.

_____. **Ética e infinito**. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1982.

_____. **Humanismo do outro homem**. Trad. Pergentino S. Pivatto (coordenador). Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1980.

_____. **Transcendência e inteligibilidade**. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Fundamento del principio dispositivo. *In* **Rivista di diritto processuale**, Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Anontio Milani, Volume XV, Ano 1960.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre el gobierno civil**. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

_____. Dois tratados sobre o governo, Livro II. *In* MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Ariel, 1970.

LÓPEZ CALERA, Nicolás. **Sobre el uso alternativo del derecho**. Valencia: Fernando Torres, 1978.

LUDWIG, Celso Luiz. **Formas da razão** – racionalidade jurídica e fundamentação do direito. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 7.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

_____. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2.ed. 1ª Impressão. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989., Reimpressão 2001

MACCALÓZ, Salete Marai Polita. **O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MACHADO, João Baptista. **Administração, estado e sociedade** – exercício de reflexão – Caderno II, Policopiado, U.C.P. Porto, 1980.

MAIER, Julio B. **La ordenanza procesal penal alemana – su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Trad. Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. De Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo I, Buenos Aires: Librería El Foro S.A., 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento – as bases biológicas da compreensão humana**. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. 3.ed. São Paulo: Palas Athena, 2003.

MELO RIBEIRO, Maria Teresa de. **O princípio da imparcialidade da administração pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

MENEZES, Cynara, As vitórias parciais contra a corrupção – as investigações deram um salto de qualidade, há mais gente na cadeia, mas ainda é difícil condenar um corrupto no Brasil. **Revista VEJA, julho de 2004**, . n 27, São Paulo.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MICHELI, Gian Antonio. **Curso de derecho procesal civil**, v. I. Buenos Aires: EJE, 1970.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16.ed. Rev. e Atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos Fundamentais. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1988.

MONTERO AROCA, J. **Principios del proceso penal – una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Gabriela de Andrade Dias Barbosa. 1ª.v. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A., 1960.

_____. **Del espíritu de las leyes**. Madrid: Tecnos, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. La igualdad de las partes em el proceso civil. *In*. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, ano 11, out./dez., 1986.

MORELLO, Augusto. **El proceso justo**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994.

MORIN, Edgar; PIATTELLI-PALMARINI, Massimo. La unidad del hombre. *In* **Interdisciplinariedad y ciencias humanas**. Trad. Jesús Gabriel Pérez Matin. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

NAVES, Candido. **Impulso processual e poderes do juiz**. Belo Horizonte: 1949.

NEUMANN, Erich. **História da origem da consciência**. São Paulo: Cultrix, 1995.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NINO, Carlos S., **Fundamentos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

OLIVEIRA, Mário Esteves de. **Direito administrativo**. v. I, Almedina, Lisboa, 1980,

ORTIZ, Maria Isabel Valdecabres. **Imparcialidad del juez y medios de comunicación**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PAJARDI, Piero. **I provvedimenti d'urgenza atipici nel processo civile**. Milano: Pirola, 1988.

PAOLOZZI, Giovanni. Giudice político e iudex suspectus. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal**, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1973, Anno XVI.

PARASCANDOLO, Renato. **Europa mia, che cattiva coscienza**. Disponível em: <http://lqxserver.uniba.it/lei/rassegna/001213b.htm>. (Acessado em: 26/03/2004).

PENNA, Antonio Gomes. **Uma nova ética para o juiz**. Coordenação de José Renato Nalini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PICÓ I JUNOY, Joan. **La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación**. Barcelona: J. M. Bosch, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PISAN, Mario. Giurisdizione penale. **Enciclopedia del Diritto**. Vol. XIX, Milano, Giuffrè Editore, 1970.

PISAPIA, Gian Domenico. **Copendio di procedura penal**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975.

PIZANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Terza edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999.

PIZZORUSSO, Alessandro. Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale. *In* **Participação e processo**. Coord: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório** – a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção** - aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium, 2003.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. **Tribunales españoles - organización y funcionamiento**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1977.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. **Tribunales españoles - organización y funcionamiento**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1977.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Lições de direito administrativo**. v. I., Coimbra, 1976.

QUIRÓS, Diego Zysman. *Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal – un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad*. Disponível em: [http://www.catedrahendler.org/materiales/zysman%20 %20Imparcialidad.PDF](http://www.catedrahendler.org/materiales/zysman%20%20Imparcialidad.PDF) – Acessado em: 03/08/2005

RAFFAELLO, Magi. *In* **Il giusto processo**. Associazione tra gli studiosi Del processo penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal** – doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. *In* **Uma nova ética para o juiz**. Coord. José Renato Nalini, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

REQUEJO PAGÉS, J. L., **Jurisdicción e independencia judicial**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.

RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Livraria Alves S.A., 1977.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza..** 3.ed., Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

SAMUELS, Andrew. **Jung e os pós-junguianos**. Rio de Janeiro: Imago: 1989.

SANTIAGO, Silviano. Pós-fácio. *In* LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 7.ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

SANTO, Boaventura Souza. O discurso e o poder. *In* **Estudos em homenagem ao prof. doutor j. j. teixeira ribeiro**, Il Iuridica, Coimbra, 1979.

SATTA, Salvatore. Astensione del giudice. *In* **Enciclopedia del diritto**. Tomo III. Milan: Editora Giuffrè, 1958.

SCHMIDT, Eberhard. **Los fundamentos teóricos constitucionales del derecho procesal penal**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

SCHOEPFLIN, Marurizio. **L'amore ama il Bene, parola di Lévinas**. Disponível em: <http://lqxserver.unib.it/lei/rassegna/010512a.htm>. (Acessado em: 26/03/2004).

SCILLITANI, Marco. *In* **Il giusto processo**. Associazione tra gli studiosi Del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

SENTÍS MELENDO, S. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: EJE, 1979.

SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: EJE, 1979.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. El juicio jurisdiccional. *In* **Estudios de Derecho Procesal**. Barcelona: Ariel, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. El juicio jurisdiccional. *In* **Estudios de Derecho Procesal**. Barcelona: Ariel, 1969.,

SILVEIRA, Joel. Entrevista realizada pelo jornalista na **Revista ISTOÉ**, Cajamas\SP: Editora Três, n. 1825, 29 de setembro de 2004.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SIRACUSANO, Delfino. Introduzione. *In* **Il giusto proceso**. Associazione tra gli studiosi Del proceso penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

SMITH, Adam. **La riqueza de las naciones**. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Trad. Luiz João Baraúna. v. II, São Paulo: Nova Cultura, 1985.

SOUZA, Artur César. **Contraditório e revelia** – perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Paulo Vinicius Soporleder. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 12, n. 50, set.-out. de 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (em) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. – Complemento e índice. Petrópolis: Vozes, 2002.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Giugno 1997, Anno LI, n. 2.

_____. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *In* **Participação e processo**. Coord: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione** – problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

UMBERTIS, Giulio. *in* **Il giusto processo**. Associazione tra gli studiosi del processo penale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

UMBERTIS, Giulio. *in* **Il giusto processo**. Associazione tra gli studiosi Del processo penale, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

VANOSI, Jorge Reinaldo, Prólogo. *in* Alberto B. Bianchi. **El juicio por jurados – la participación popular en proceso**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

VARGAS, José Cirilo. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Tomo I. Córdoba: Ed. Lerner, 1986. BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Principios de ciencia política**, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1979.

VERONESE, Alexandre. O terceiro poder em crise: impasses e saídas; **Cadernos Adenauer**, Ano III, n. 06, Rio de Janeiro: Fundação Konrad, , 2002.

VIAGAS BARTOLOMÉ. Plácido Fernández. *El juez imparcial*. Granada: Editorial Comares, 1997.

WARAT, Alberto Luis. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese Ltda., s/d.

_____. **O direito e sua linguagem**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. atual. Campinas: Bnookseller Editora e Distribuidora, 2000.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. Vinícius Eduardo Alves. São Paulo: Centauro, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideología, estado e direito**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário – crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZIMMERMANN, Roque. **América latina o não ser**. 2. ed. Petrópolis, 1987.

ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. (253).